

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a man on horseback, holding a staff. Above him is a crown with a cross on top. To the left is a castle, and to the right is a lion. The seal is surrounded by Latin text: "CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER CETERAS" and "PLUS ULTRA".

**LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA REFORMA DIRIGIDA A LA CONFIDENCIALIDAD
DE OPERACIONES CONTENIDA EN LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS
FINANCIEROS CON EL OBJETO DE EVITAR EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LA
EVASIÓN FISCAL EN GUATEMALA**

SERGIO RENÉ MARCHENA PINEDA

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2016

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

**LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA REFORMA DIRIGIDA A LA CONFIDENCIALIDAD
DE OPERACIONES CONTENIDA EN LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS
FINANCIEROS CON EL OBJETO DE EVITAR EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LA
EVASIÓN FISCAL EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

SERGIO RENÉ MARCHENA PINEDA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre de 2016.

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

DECANO:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Héctor René Granados Figueroa
Vocal:	Lic. Misael Torres Cabrera
Secretario:	Lic. Carlos Alberto Cáceres Lima

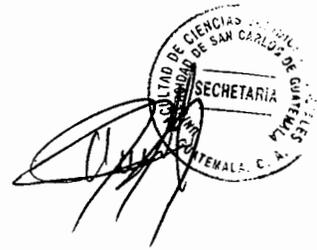
Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
Vocal:	Licda. Mónica Victoria Teleguario Xicay
Secretario:	Lic. René Siboney Polillo Cornejo

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).



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 16 de mayo de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, RONEL EMILIO ESTRADA ARRIAZA
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
SERGIO RENÉ MARCHENA PINEDA, con carné 201014171,
 intitulado LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 63 DE LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS
CON EL OBJETO DE EVITAR EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LA EVASIÓN FISCAL EN GUATEMALA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

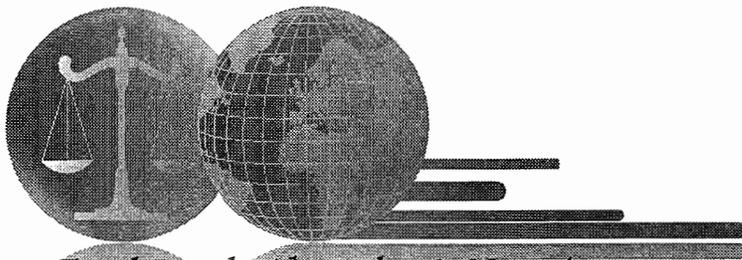

 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 FAC. DE C.C. J.J. Y S.S.
 UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
 GUATEMALA, C. A.

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 14 / 03 / 2016 f) _____

 Asesor(a)





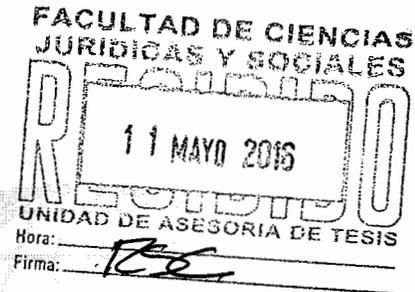
Emel Legal- Abogados & Notarios



Guatemala, 09 de mayo de 2016.

Doctor:

William Enrique López Morataya
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho



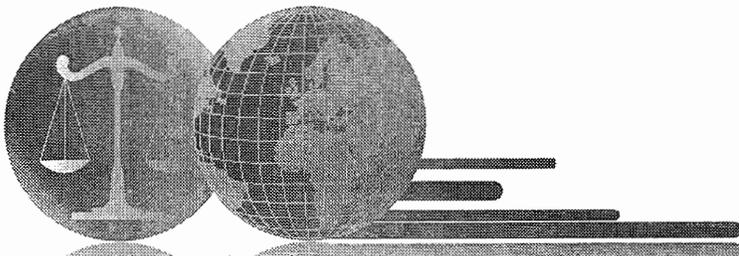
Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Atentamente me dirijo a usted, en cumplimiento a la resolución de fecha dieciséis de mayo del año dos mil catorce, en la que se me nombró como **ASESOR** del trabajo de tesis del estudiante **SERGIO RENÉ MARCHENA PINEDA**, para lo cual sugerí al estudiante cambiar el título de tesis propuesto inicialmente, intitulado: **“LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 63 DE LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS CON EL OBJETO DE EVITAR EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LA EVASIÓN FISCAL EN GUATEMALA”**. Atendiendo a las recomendaciones propuestas, en el sentido que el presente trabajo de tesis se adecue al contenido técnico y científico respectivo, sugerí intitularlo: **“LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA REFORMA DIRIGIDA A LA CONFIDENCIALIDAD DE OPERACIONES CONTENIDA EN LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS CON EL OBJETO DE EVITAR EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LA EVASIÓN FISCAL EN GUATEMALA”**, del cual brindé la asesoría correspondiente y expresamente declaro: que no soy pariente dentro de los grados de ley, ni tengo amistad íntima con el sustentante, que pueda afectar la imparcialidad de este dictamen, el cual efectúo de la manera siguiente:

1. En lo relacionado con el trabajo desarrollado, el cual estuvo bajo mi inmediata dirección, el sustentante atendió las sugerencias que le fueron formuladas, las cuales consideré convenientes incorporar a dicho trabajo, guardando siempre el contenido del mismo, a efecto de que no influyera en sus planteamientos formulados.

www.abogadosenguatemala.com.gt

12 calle 2-04 Zona 9 Edificio Plaza del Sol, Oficina 2 "S" Guatemala C.A
Teléfonos: 2360-4828, 2360-5355 Fax 23608457 email: info@abogadosenguatemala.com.gt



Emel Legal- Abogados & Notarios



2. Dentro del trabajo de investigación, se puede establecer que tanto el contenido científico como el técnico, están enmarcados y de acuerdo con lo estipulado y exigido por la Unidad respectiva.

3. Con relación a las técnicas de investigación, se utilizó la técnica bibliográfica, la cual fue analizada con los métodos: hipotético deductivo y analítico, siendo adecuados para el efecto en el presente trabajo.

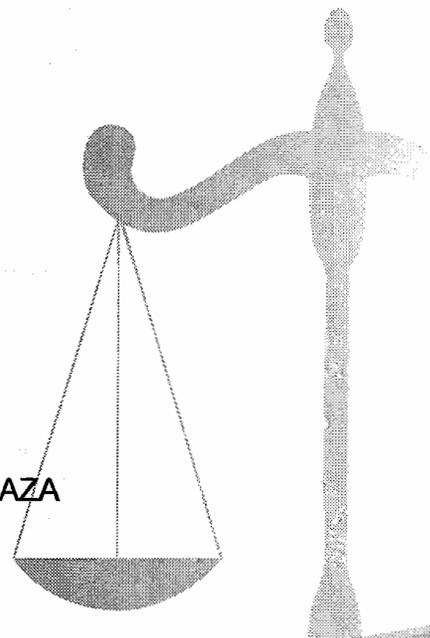
4. Respecto a la conclusión discursiva y la bibliografía, las mismas se encuentran redactadas de manera correcta, puesto que están relacionadas con el contenido del trabajo de tesis presentado.

Considero que el presente trabajo de tesis, llena los requisitos reglamentados, especialmente los contenidos en el **Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público** y que el mismo puede ser elevado como tesis de graduación, a efecto de ser sometido para el examen público correspondiente por parte del autor, en virtud de lo cual procedo a emitir **DICTAMEN FAVORABLE**.

Sin otro particular, me suscribo de usted, atentamente,



DR. RONEL EMILIO ESTRADA ARRIAZA
ASESOR DE TESIS
COLEGIADO No. 5814
Teléfono: 5510-7825



www.abogadosenguatemala.com.gt

12 calle 2-04 Zona 9 Edificio Plaza del Sol, Oficina 2 "S" Guatemala C.A
Telefonos: 2360-4828, 2360-5355 Fax 23608457 email: info@abogadosenguatemala.com.gt



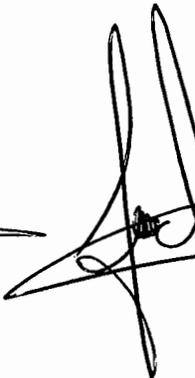
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

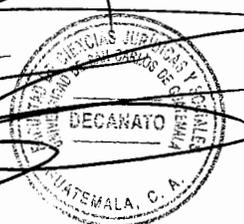


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 22 de agosto de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante SERGIO RENÉ MARCHENA PINEDA, titulado LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA REFORMA DIRIGIDA A LA CONFIDENCIALIDAD DE OPERACIONES CONTENIDA EN LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS CON EL OBJETO DE EVITAR EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LA EVASIÓN FISCAL EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala



DEDICATORIA



A DIOS: Por darme la vida y permitirme llegar a este momento tan especial, quien con su infinita misericordia me sigue guiando e iluminando en todo momento, gracias Padre.

A SANTA MARÍA: Gracias madrecita por acompañarme siempre en mi camino y nunca dejarme en los momentos más difíciles.

A MI MADRE: Adela Lorena Pineda Herrera, por seguir siendo una madre abnegada, quien con su ejemplo de lucha y dedicación, me ha sabido guiar por el buen camino, con sus consejos y amor incondicional.

A MI PADRE: Sergio Elías Marchena Recinos, por su ejemplo de esfuerzo, dedicación y por todo su cariño.

A MI ABUELOS: Eulalia Pérez Herrera y Otto René Pineda Castillo (D.E.P.) Por todo su amor y apoyo hacia mí, siendo parte fundamental de mi vida, a quienes dedico muy especialmente el presente acto.

A MI FAMILIA: Mi tía, tío y primos por su cariño y apoyo, alentándome siempre a seguir hacia adelante.

MUY ESPECIALMENTE: Marthita Bauer Lies e Irmitta Bauer Davidson (D.E.P.) Por todo el apoyo y cariño incondicional que siempre me han brindado.

A LOS PROFESIONALES: Ronel Emilio Estrada Arriaza, Ana María Azañón Robles, Edwin Marroquín Azurdía, Edgar Castillo Ayala, Elisa Castillo Quiroa, Armando Fernández, Donato González Alvarado. A todos ellos mi aprecio, respeto y cariño.



A MIS AMIGOS:

Del colegio, Iglesia y universidad, por las experiencias compartidas a lo largo de todos estos años, gracias.

A:

El Bicentenario colegio San José de los Infantes, por haberme formado desde pequeño, enseñarme a poner en práctica los valores adquiridos y el amor a Dios sobre todas las cosas.

A:

La Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por permitirme culminar mis estudios superiores en tan prestigiosa casa de estudios.

A:

La gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por ser parte de mi formación profesional.



PRESENTACIÓN

La presente investigación es de tipo cualitativo, por medio del caso particular, describiendo la realidad de una problemática del secreto bancario y la evasión fiscal, dando origen a una propuesta de reforma a la confidencialidad de operaciones, contenida en Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros. El sujeto de estudio son las personas individuales y jurídicas en Guatemala.

La investigación se realizó desde el ámbito jurídico legal, desde la rama del derecho bancario y el derecho tributario, ya que se analizó la figura de la confidencialidad de operaciones contenida en la ley de la materia y la evasión fiscal, como un factor negativo de dicha figura, que afecta directamente en la administración tributaria del país.

El contexto diacrónico de la investigación se basa en el tiempo, desde el año 2002, que entró en vigencia la Ley de Bancos y Grupos Financieros. Decreto 19-2002 y sus reformas. Decreto 26-2012. Hasta el año a 2015.

El objeto de la investigación, es una excepción especial a la limitación que establece la norma, ya que al no contar con información oportuna, precisa y detallada por parte de la Superintendencia de Administración Tributaria, la misma queda en una situación de vulnerabilidad.

El principal aporte académico, será establecer medidas necesarias a favor del Estado, en virtud que este, no puede ser capaz de controlar flagelos como lo son: la evasión fiscal, la corrupción y el enriquecimiento ilícito. Todo esto con el fin primordial de ir en la sujeción e implementación de recomendaciones, medidas de transparencia, estándares y políticas especiales coordinadas, que permitan solucionar y prevenir estos males, por lo cual es menester la aplicación de la dicha reforma a la confidencialidad de operaciones en Guatemala.



HIPÓTESIS

En la República de Guatemala, existe una normativa que regula la confidencialidad de operaciones, pero la misma es débil y vulnerable con respecto a la fiscalización de la administración tributaria y los compromisos adquiridos internacionalmente por el Estado de Guatemala, para combatir la evasión tributaria y el fortalecimiento de la misma.

La variable independiente de la hipótesis, es la vulnerabilidad de la administración tributaria y facilidad con que se puede eludir la obligación impositiva, derivado del mal uso de la confidencialidad de operaciones, dando paso al enriquecimiento ilícito y la evasión fiscal, ya que la administración tributaria no cuenta con la herramientas legales necesarias para el control de las operaciones financieras de las personas individuales y jurídicas.

La variable dependiente de la hipótesis, radica en la manera que al no existir una normativa que fortalezca a la administración tributaria, esta se ve limitada en sus funciones de fiscalización de las operaciones financieras, aumentando la brecha fiscal existente y dejando el camino libre para no hacer efectiva la obligación del sujeto pasivo frente al requerimiento de la Superintendencia de Administración Tributaria.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Para la comprobación de la hipótesis planteada, se utilizó el método deductivo, por el cual se partió de la necesidad de proponer los recursos legales para el fortalecimiento de administración tributaria, frente a la confidencialidad de operaciones, proponiendo una reforma al Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, para evitar el mal uso de la misma, el enriquecimiento ilícito y la evasión fiscal.

De acuerdo a lo investigado, la hipótesis planteada fue comprobada y validada, los supuestos descritos en las variables, tanto dependiente como independiente son reales y verdaderos, promoviendo un cambio positivo hacia la confidencialidad de operaciones frente a la administración tributaria.

Se comprobó la necesidad de contar con las herramientas legales, que puedan generar un impacto de manera positiva en la recaudación fiscal y el fortalecimiento de la administración tributaria, fiscalizando objetivamente la confidencialidad de operaciones contenida en el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Orígenes históricos del secreto bancario.....	1
1.1. Aspectos generales.....	1
1.2. Definiciones y conceptos.....	8
1.3. Naturaleza jurídica.....	10
1.4. Justificación jurídica del secreto bancario.....	12
1.4.1. Teoría de la praxis o del uso y la costumbre.....	12
1.4.2. Teoría contractual.....	12
1.4.3. Teoría cuasidelictual o extracontractual.....	13
1.4.4. Teoría del secreto de la actividad comercial.....	13
1.4.5. Teoría de derechos personalísimos.....	13
1.4.6. Teoría del secreto profesional.....	14
1.5. Fines del secreto bancario.....	14

CAPÍTULO II

2. La evasión fiscal.....	17
2.1. Orígenes y antecedentes.....	17
2.2. Datos relevantes.....	19

2.3. Causas que dan origen.....	21
2.3.1. Causas técnicas.....	21
2.3.2. Causas socioculturales.....	23
2.4. Herramientas para combatir la evasión fiscal.....	24
2.4.1. Aumentar el rol recaudador del Estado.....	24
2.4.2. Mejorar el sistema tributario.....	25
2.4.3. Flexibilizar la administración tributaria.....	25
2.4.4. Mayor control.....	27

CAPÍTULO III

3. Consecuencias del enriquecimiento ilícito y la evasión fiscal, derivado del mal uso de secreto bancario.....	29
3.1. Aspectos generales.....	29
3.2. Impacto en la recaudación tributaria.....	29
3.3. Incidencias económicas.....	33
3.4. Pérdida de control de la política financiera.....	35
3.5. Formas de evasión fiscal en Guatemala.....	36
3.6. Ilícitos penales que se originan de ello.....	38
3.6.1. Defraudación tributaria.....	38
3.6.2. Resistencia a la acción fiscalizadora de la administración tributaria...	39
3.6.3. Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos.....	40
3.6.4. Enriquecimiento ilícito de particulares.....	40

3.6.5. Lavado de dinero u otros activos.....	41
--	----

CAPÍTULO IV

4. Ley de Bancos y Grupos Financieros.....	43
4.1. Antecedentes históricos.....	43
4.2. Naturaleza jurídica.....	44
4.3. Objeto de la ley.....	45
4.4. Órganos de vigilancia del sistema bancario nacional.....	46
4.4.1. Junta Monetaria.....	46
4.4.2. Superintendencia de Bancos.....	47
4.4.2.1. Intendencia de Verificación Especial.....	47
4.4.3. Banco de Guatemala.....	48
4.5. Derecho comparado.....	48
4.6. Delito de intermediación financiera.....	53
4.6.1. Antecedentes históricos.....	54
4.6.2. Regulación legal.....	54
4.7. Análisis de la confidencialidad de operaciones en Guatemala.....	55
4.7.1. Ventajas y desventajas.....	57
4.7.2. Órganos e instituciones facultadas legalmente para pedir información bancaria.....	61
4.7.3. Proyecto de reforma al Artículo 63.....	61
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	65
BIBLIOGRAFÍA.....	67



INTRODUCCIÓN

Al abordar el uso de la confidencialidad de operaciones, se da la necesidad de implementar factores que puedan beneficiar las operaciones bancarias, con relación directa al correcto manejo de la administración tributaria. En el caso de Guatemala, el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, se analizó el caso concreto a la excepción del secreto bancario, con todas sus implicaciones e interpretaciones, para dar lugar a un cambio en la norma, que pueda reforzar e implementar factores que puedan beneficiar en la administración financiera y tributaria, en busca del bienestar colectivo.

Como objetivos de la presente investigación, se determinó llegar a una conclusión al respecto de cómo se encuentra la norma en la actualidad, plantear posibles soluciones y dar mayor eficacia en la aplicación de la misma, hacer un proyecto de reforma de la norma, con respecto a su aplicación e implementación, determinar cómo el secreto bancario, influye en la elaboración de leyes bancarias y su aplicación.

De acuerdo a lo investigado, la hipótesis planteada fue comprobada y validada. Se comprobó la necesidad de contar con las herramientas legales que puedan generar un impacto de manera positiva en la recaudación fiscal y el fortalecimiento de la administración tributaria, fiscalizando objetivamente la confidencialidad de operaciones contenida en el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros. La investigación se realizó desde el ámbito del derecho bancario y el derecho tributario, dentro de la República de Guatemala, siendo de carácter documental.



El método utilizado fue el hipotético deductivo, en el que se pudo arribar a una conclusión discursiva a partir de la hipótesis planteada, para posteriormente comprobar la misma, partiendo desde la problemática actual en relación a la regulación del secreto bancario en Guatemala, sus implicaciones, su origen y evolución histórica y su aplicabilidad dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Dicha investigación cuenta con cuatro capítulos: el capítulo uno, desarrolla los orígenes históricos del secreto bancario; el capítulo dos, desarrolla los orígenes, antecedentes y causas doctrinarias de la evasión fiscal; el capítulo tres, desarrolla las consecuencias del enriquecimiento ilícito y la evasión fiscal, derivado del mal uso del secreto bancario; el capítulo cuatro, desarrolla y explica la Ley de Bancos y Grupos Financieros.



CAPÍTULO I

1. Orígenes históricos del secreto bancario

1.1 Aspectos generales

Abordar un tema del derecho bancario cualquiera que este sea, desentrañar su historia, elaborar un concepto o definir una institución, no es tarea fácil. No solo por la falta de información que llega a nuestras manos, sino también por lo nebuloso que en cierto estadio de la historia aparece la regulación de la conducta humana en esta disciplina jurídica.

“La circulación monetaria, el movimiento de los cambios, la ejecución de los pagos, el desenvolvimiento del crédito en las formas más variadas, la recolección de capital y su repartición para los más diversos usos; son todos regidos y controlados por los institutos de crédito, públicos o privados.”¹

En los actuales momentos con la Ley de Bancos y Grupos Financieros, a la persona del banquero, esta ley, la ha contemplado en su carácter profesional y la ha adornado de una serie de requisitos y exigencias para seguridad del banco mismo y de la sociedad, que se traducen en una verdadera profesionalización que exige la banca moderna inmersa en un mercado cada vez más competitivo, en el que los estándares internacionales en materia de seguridad financiera, son los que enmarcan las operaciones de la banca y la certeza jurídica en la estabilidad de los mismos.

¹ Grego, Paolo. **Curso de derecho bancario**. Pág. 9.



Todo esto, hace que se imponga una nueva visión del banquero con el propósito de mantener una banca estable y vigorosa, que sea garantía para el sistema bancario y para la economía nacional.

El banquero como alto dirigente de una institución bancaria con lo que ello implica, como el centro de imputación de derechos y obligaciones, no como el simple prestamista de antaño, sino el moderno y profesional con toda la tecnología puesta en sus manos, pero también con la gran responsabilidad en la administración de recursos ajenos, y, en el presente estudio, sus relaciones con el cliente, usuario e incluso con los particulares.

Señala el autor Juan Carlos Malagarriga, el deber que el consenso público impone al banquero no resulta configurado en la práctica con el rigor y la claridad que toda carga jurídica debe presentar para recíproca seguridad de los derechos del obligante y obligado, por lo que determinar con precisión los caracteres de esta obligación es una cuestión que se impone tanto más cuanto que se carece los índices necesarios para llegar a su verdadero contenido.

El sigilo bancario en las relaciones de los bancos para con sus clientes, usuarios y público en general, siempre ha sido tradicional y conservadoramente mantenido, teniendo como norma principio general la confidencialidad en las operaciones financieras que se realizan a través de particulares garantizando así la secretividad inmersa. Así, se limita a la relación entre la institución bancaria y sus clientes. Dicho sigilo varía de legislación en legislación, y, por lo general, solo cuando existe una causa justificada, que realmente pueda dar motivo a tener acceso en el control financiero.



El secreto bancario se remota a épocas pretéritas. Según el autor Miguel Acosta Romero, en sus orígenes el secreto bancario se manifestaba en los depósitos que se hacían en los templos, consecuentemente la discreción de estas operaciones estaba muy relacionada con el misterio de lo desconocido, la magia y la religión, que fueron configurando una especie de secreto profesional entre quienes apreciaban los depósitos.

También se le conoció en la Edad Media como parte de la ética de los negocios de esta naturaleza en la Orden de los Templarios y en ciertas Órdenes de caballería y religiosas que realizaban alguna actividad relacionada con la banca.

El secreto bancario, la doctrina es unánime y lo justifica como plenamente protegido, 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 operaciones sería una especie de abuso de esa confianza.

La palabra secreto, según el diccionario de la Real Academia Española, se registra, como todo aquello que cuidadosamente se tiene reservado y oculto, el secreto es una conducta cuyos elementos son:

- I. La existencia de ciertos hechos, circunstancias, documentos o situaciones.
- II. El conocimiento que de ellos tiene uno o varios individuos
- III. Obligación que tienen esos individuos de no transmitir ese conocimiento a terceros, fuera de los casos señalados por la ley.



El secreto profesional tiene sus antecedentes desde el derecho romano, recogidos posteriormente en el derecho español, como algo que se comunica por razón de las actividades profesionales que se ejercen y que a través de este ejercicio las personas les comunican hechos, circunstancias, datos o documentos que les confía su clientela. El basamento está, en la ética profesional y en el interés público que establece la sociedad para proteger la vida privada o la seguridad jurídica de las personas que han puesto en conocimiento de los profesionales los hechos o datos comunicados. En este sentido el secreto profesional tendría como aspecto adjetivo, el secreto profesional en materia de trabajo, fiscal, penal y, en general, las profesiones liberales, lo cual ha sido recogido en todos los sistemas jurídicos contemporáneos.

El secreto en general, como el secreto bancario, el país que por antonomasia lo ha conservado es Suiza. El parlamento suizo aprobó la Ley de Bancos de 1934, que establece las regulaciones del secreto bancario y castiga su violación. Las disposiciones del secreto bancario no se incluyeron en el primer borrador de la ley, que principalmente se refería a cuestiones administrativas, tales como la supervisión bancaria. Las disposiciones que se encuentran en el Artículo 47, inciso b); se añadieron antes de la aprobación del proyecto de ley debido a los intentos de las autoridades nazis de investigar los activos que tuvieran los judíos y enemigos del Estado en Suiza, antes de dicha Ley, el banquero suizo nunca fue muy comunicativo antes de regularse el secreto bancario, lo cual significa que, más que una observancia a la ley, ha sido una tradición de guardar celosamente lo comunicado por el cliente.

El término banco privado se refiere a un banco que ofrece servicios de banca privada y en su forma jurídica es una asociación. Los primeros bancos privados fueron creados



desde sus orígenes, que fue en San Galo a mediados de 1700; y, en Ginebra a finales de los 1700 como asociaciones. Algunos todavía en manos de las familias originales, tales como Hottinger y Mirabaud.

En Suiza a estos bancos privados se les llama banqueros privados (un término protegido) para distinguirlos de los otros bancos privados que por lo general son empresas comunes. El secreto bancario suizo no protege la información de la banca privada. La protección otorgada por la legislación suiza es similar a la protección de confidencialidad entre los médicos y sus pacientes o entre los abogados y sus clientes. El gobierno suizo considera el derecho a la privacidad como un principio fundamental que debe ser protegido por todos los países democráticos.

Aunque está protegido el secreto bancario, en la práctica todas las cuentas bancarias están vinculadas a un individuo identificado, y un fiscal o un juez puede emitir una "orden de exclusión", a fin de permitir el acceso y aplicación de la ley a la información pertinente a una investigación penal. El banco está obligado a conocer la identidad del titular de la cuenta y dado el caso, del verdadero beneficiario de esa cuenta. Muchos otros países hacen uso del secreto bancario. Los aplicados en Luxemburgo y en Austria son los más similares al suizo.

La razón fundamental de esta conducta estriba en que el secreto bancario se ha considerado como una parte a la protección de la esfera íntima de la persona, siendo este sentir el que se extendió a toda Europa y que tiene su justificación en conceptos de juridicidad y moralidad.



El secreto bancario en Suiza, no sólo alcanzaba a los depósitos, renglón principal de las operaciones pasivas de los bancos, sino también a toda clase de información bancaria, concepto que fue sostenido por los tribunales suizos, incluyendo virtualmente cualquier dato comercial, financiero o industrial del cliente. En materia penal, el secreto bancario se quiebra para dar paso a la justicia criminal, por lo que el interés privado de los depositantes no puede ser protegido por estar en juegos valores de mayor jerarquía como lo son los sociales para proteger a la sociedad misma, tanto a nivel local como internacional, esto es, el pedido que realizan los tribunales extranjeros a través de los conductos correspondientes.

El secreto bancario desde hace mucho tiempo, ha sido tipificado en forma más o menos rigurosa por todas las legislaciones de los países, pero puede decirse que desde cierto tiempo acá, la institución ha entrado en crisis, por el mal uso que de la misma se ha hecho, incluso contando con la aquiescencia de los banqueros, cuando no en contubernio con el banquero ya no sólo como refugio de los capitales mal habidos, sino para lavar el dinero producto de actividades ilícitas.

El buen banquero, como responsable de los dineros que fluyen hacia sus ventanillas debe intuir la procedencia del dinero producto de hechos criminales. Hoy en día, existen ciertos parámetros o indicadores que el banqueo debe observar para detectar si ciertas operaciones están dentro de las denominadas sospechosas o inusuales e informar a los órganos encargados de las investigaciones correspondientes.

En Guatemala, en 1923 el Presidente José María Orellana, promulgó el primer Decreto que establecía una Caja Reguladora para estabilizar los tipos de cambio, la cual se



convertiría en el embrión del Banco Central de Guatemala. En el año de 1924, Orellana invitó a Edwin Walter Kemmerer de la Universidad de Princeton, a visitar el país, proponiéndole que hiciera un plan de reforma financiera de Guatemala; fue así que en ese año se promulgó la Ley Monetaria de la República de Guatemala, que proporcionó un nuevo giro a la unidad monetaria.

En el año de 1925, el gobierno publica las bases para recibir propuestas de redacción de la ley para formar el primer Banco central, llegándose a emitir el 30 de junio de 1926 el Acuerdo Gubernativo que crea el Banco Central de Guatemala con capital mixto entre el Estado y particulares. La revolución de octubre de 1944, otorgó al Banco de Guatemala la calidad de banco estatal y le concedió la facultad de implementar la política monetaria, cambiaria y crediticia adecuada.

La Revolución de Octubre de 1944, otorgó al Banco de Guatemala la calidad de banco estatal y le concedió la facultad de implementar la política monetaria, cambiaria y crediticia encaminada a crear las condiciones propicias para el crecimiento ordenado de la economía nacional. Fue en ese año, que se creó la primera ley específica Ley Orgánica del Banco de Guatemala, Decreto número 215 del Congreso de la República de Guatemala.

La estructura básica de la legislación financiera guatemalteca emitida en 1945 y 1946 permitió el ordenado funcionamiento del sistema en sus primeros cuarenta años de vigencia, unas veces a pesar y otras veces en virtud de los cambios legislativos que se les introdujeron en diversas ocasiones.



1. 2 Definiciones y conceptos:

El secreto bancario se conoce desde la antigüedad como una 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.

En Roma la actividad bancaria se remonta al siglo III a. C. época en la que los romanos desarrollaron lo que en la actualidad son, la mayoría de las clásicas prácticas bancarias, pero sólo en la edad media y entre los primeros documentos que se han conservado, los estatutos del banco Casa di San Georgio del año 1408, expresamente se establecía el secreto bancario, y ordenaba a todos los funcionarios y subalternos jurar conservar el secreto en lo concerniente a todos los actos y documentos de la casa bancaria.

Para el conocimiento de esta figura del secreto bancario es necesario estudiar sus elementos, su integración, así como su diferencia específica frente a otro tipo de categorías, con tal propósito se debe, en primer lugar, conceptualizarla y encontrar una definición que sea aceptable dentro del derecho bancario.

Por secreto, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, se entiende por lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto. Por tanto se deduce que



secreto bancario es lo que el banco tiene como reservado y oculto. Lo que no debe ser conocido por nadie, nada más que por el banco y el cuentahabiente y en términos más generales, todo aquel que haga una comunicación al banquero y que por tal razón se le hace la comunicación jurídicos contemporáneos.

La definición del secreto profesional, según el diccionario de la Real Academia Española: es el deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como médicos, abogados, notarios, entre otros, de no descubrir a tercero los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión.

Entonces se puede deducir de tal manera que, la obligación del sigilo se vuelve tan estricta, ya que su violación, salvo los casos excepcionales previstos en la ley, constituye delito, incluido entre los atentatorios contra la libertad. Incurren en él quienes, teniendo noticia por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelaren sin justa causa.

El tratadista Supervielle Saavedra, al referirse al secreto bancario, establece que: “se hace mención de un elemento considerado necesario en la actividad bancaria y financiera en general, esto no sólo porque afecta al propio interés de la profesión de banquero, sino porque ello debe tener como correlato la certeza de éste de que le será correspondida la confianza que ha depositado en la entidad y en sus funcionarios, los cuales habrán de guardar secreto acerca de las informaciones y datos que les han sido comunicados para que puedan dar su debido cumplimiento los actividades financieras relacionadas a su giro normal”.²

² Supervielle Saavedra, Bernardo. **El depósito bancario**. Pág. 200.

1.3 Naturaleza jurídica del secreto bancario

El interés básico protegido por el secreto bancario, es el del cliente que acude a una institución de crédito y banca múltiple con la simple finalidad de hacer uso de los servicios que éstas ofrecen, esperando ver preservado su derecho a la intimidad. Aún cuando en la actualidad puede no existir un consenso sobre el fundamento jurídico del secreto bancario, podemos entender que es en ese derecho donde radica la clave para la institución financiera, razón por la que resulta necesario analizar las conexiones existentes entre el secreto bancario y el derecho a la intimidad.

Utilizando la analogía, el secreto bancario es equiparable al secreto profesional, por lo tanto recae sobre el banquero la responsabilidad de resguardarlo, con la finalidad de mantener la confianza en el negocio del cliente para que este pueda prosperar, de tal manera, que si los clientes de un banco o institución financiera no pueden confiar en que la información proporcionada a dicha entidad pueda ser mantenida en estricto secreto, difícilmente podrían confiar el depósito de su capital o solicitar financiamiento. Deben existir medios de control de la información que garanticen la credibilidad en el sector financiero del país para salvaguardar la estabilidad financiera.

El secreto bancario principalmente tiene por objeto proteger el derecho a la intimidad. No solo implica una protección frente a otros particulares, sino frente al Estado. El interés básico protegido por el mismo, es el cliente que acude a una institución de crédito y banca múltiple con la simple finalidad de hacer uso de los servicios que éstas ofrecen, esperando ver preservado su derecho a la intimidad.



Aún cuando en la actualidad puede no existir un consenso sobre el fundamento jurídico del secreto bancario, podemos entender que es en ese derecho donde radica la clave para la institución financiera, razón por la que resulta necesario analizar las conexiones existentes entre el secreto bancario y el derecho a la intimidad.

Utilizando la analogía, el secreto bancario es equiparable al secreto profesional, por lo tanto recae sobre el banquero la responsabilidad de resguardarlo, con la finalidad de mantener la confianza en el negocio del cliente para que este pueda prosperar, de tal manera, que si los clientes de un banco o institución financiera no pueden confiar en que la información proporcionada a dicha entidad pueda ser mantenida en estricto secreto, difícilmente podrían confiar el depósito de su capital o solicitar financiamiento, por lo tanto, deben existir medios de control de la información que garanticen la credibilidad en el sector financiero y su estabilidad.

En este sentido, como lo señalan Jorge Carpizo y Alonso Gómez-Robledo, el derecho a la intimidad o el respeto a la vida privada impone al Estado una doble obligación: no injerencia y no divulgación. No obstante, como cualquier derecho, su límite se encuentra en el orden público.

“Por esta razón, se justifica que determinadas autoridades tengan acceso a la información protegida por el secreto bancario. La naturaleza de dichas autoridades es diversa, aunque generalmente tienen facultades o realizan actividades de carácter jurisdiccional, hacendaria y de supervisión o fiscalización.”³

³ Canas Moreno, Carlos Rafael <http://elsecretobancario.blogspot.com/> Fecha de consulta (10/01/2016).

1.4 Justificación jurídica del secreto bancario

1.4.1 Teoría de la praxis o del uso y la costumbre

El uso es la forma del derecho consuetudinario inicial de la costumbre, menos solemne que esta y que suele convivir como supletorio de algunas leyes escritas; para algunos el secreto bancario ha individualizado su fundamento en un uso tradicional y universalmente observado por la banca, de mantener reserva sobre los negocios del cliente, y en general, sobre sus relaciones con el público. Dicha tesis pregona como principio que la actividad bancaria se desenvuelve en gran medida de acuerdo a los usos y prácticas que fueron recogidos y repetidos a lo largo del tiempo, es decir de una praxis constante y extendida en la actividad bancaria.

1.4.2 Teoría contractual

Dicha hipótesis ha sido impulsada en países como Inglaterra y Alemania, debido a que en este último su legislación no se pronuncia sobre el secreto bancario. Autores como Sichter mann sostienen que la relación jurídica que conlleva el contrato es una relación de confianza de cual surge la obligación de la banca al mantenimiento del secreto que constituye una necesaria manifestación accesorio.

La obligación de reserva surge de modo tácito del contrato que se lleva a cabo entre el cliente y el banco. Entonces, la confidencialidad tiene su génesis en la relación contractual que se establece entre las partes, cuyo fundamento principal es la fiducia o confianza, razón por la cual la entidad financiera debe reserva sobre la información que se obtiene en razón de la misma. La confidencialidad tiene su génesis en la relación contractual que se establece entre las partes, cuyo fundamento principal es la fiducia o

confianza, razón por la cual la entidad financiera debe reserva sobre la información que se obtiene en razón de la misma

1.4.3 Teoría cuasidelictual o extracontractual

La tesis es refutada por cuanto la culpa extra-contractual tropieza con un obstáculo incuestionable de la relación contractual banco-cliente, y solo sería admisible de la hipótesis de partirse de la premisa de ocurrir obligación de mantener el secreto o que tal deber se halle incluido dentro del secreto profesional.

1.4.4 Teoría del secreto de la actividad comercial

En la misma se sostiene que existe un secreto comercial que protege los negocios de ambas partes contratantes, se trate de la entidad financiera o del cliente, en igualdad de condiciones. Este secreto tiene carácter general y abarca toda la actividad empresarial y hace al éxito o fracaso de la empresa comercial y que se protege en algunos casos mediante normas específicas, existentes en el Código de Comercio de Guatemala o en leyes especiales, y que abarca a los directivos y empleados de la empresa.

1.4.5 Teoría de derechos personalísimos

El secreto bancario protege el derecho a la intimidad y privacidad de las personas en sus asuntos económicos y financieros, garantizado por la generalidad de las leyes supremas de los distintos ordenamientos.

La línea argumental pretende tutelar el derecho a la intimidad de las personas, cuya violación ataca en definitiva con la libertad de las personas.



Sin embargo, para el caso de Guatemala es importante mencionar lo que indica la Constitución Política de la República, en el Artículo 24. 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.

1.4.6 Teoría del secreto profesional

Es una de las posturas que cuenta con mayores adeptos, lo que ella persigue es un balance entre el interés privado y el público. Por ello, se toma como referente a las llamadas relaciones de confianza que Garrigues emplea para explicar la relación banco cliente. Se agrega que es necesario adecuar la noción del secreto profesional a las nuevas exigencias de una sociedad en continuo desarrollo.

En esta línea, la autora María Cecilia Lanus Ocampo argumenta, que el secreto bancario tiene su origen desde el inicio mismo de la actividad bancaria, constituyéndose para quienes trabajaban en ese rubro en algo consustancial a su actividad profesional y que al considerar al secreto bancario como secreto profesional se explicaría mejor el alcance del deber de confidencialidad, abarcando no sólo los actos que surjan durante la etapa de la negociación, sino que también abarca todos los actos precontractuales, extendiéndose además la obligación de secreto luego de concluida la relación entre el banco y el cliente.

1.5 Fines del secreto bancario

Miguel Acosta Romero, es quien más acertadamente resume cuales son los fines del Secreto Bancario, al opinar que son: 1. Resguardar el respeto y la protección de todas



las cuestiones privadas, en función de la confianza que las personas tengan con el banquero, para proporcionarle algunos datos que consideran sólo son dados a conocer a su banquero por esa razón. La confianza es una de las bases fundamentales en que descansa el secreto bancario. 2. 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, mantendrá su dinero y realizará sus operaciones 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. Esta confianza genera que el sistema bancario pueda captar un mayor volumen de recursos, pues no existiendo confianza el público tenderá a sacar sus depósitos y a enviarlos al extranjero. 3. 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. 4. Forma parte del sistema de captación de ahorro externo, de un determinado sistema bancario. Puede establecerse finalmente que la función principal y más importante del secreto bancario, radica en el hecho de que a través del mismo se le otorga seguridad a los diferentes clientes o usuarios de las entidades bancarios o financieras de que sus datos económicos no podrán ser revelados por ningún motivo por los trabajadores o autoridades del banco, con lo cual se obtiene como cambio la debida confianza que dichos usuarios tienen en los diferentes bancos o instituciones financieras. El resguardo de dicha información es una de las diferentes obligaciones a las que se encuentran sujetas los bancos que operan en el territorio nacional, como lo establece el Artículo 63 del Decreto 19-2002.



Los directores, gerentes, representantes legales, funcionarios y empleados de los bancos, no podrán proporcionar información, bajo cualquier modalidad, a ninguna persona individual o jurídica, pública o privada, que tienda a revelar el carácter confidencial de la identidad de los depositantes de los bancos, instituciones financieras y empresas de un grupo financiero; esto siempre bajo la salvedad de las obligaciones y deberes que se encuentran establecidos por la normativa sobre lavado de dinero u otros activos.

El secreto bancario debe ser comprendido como una de las más grandes y eficientes garantías de que gozan los diferentes clientes o usuarios de los bancos que operan en el territorio nacional. La función principal y más importante del secreto bancario, radica en el hecho de que a través del mismo, se les otorga seguridad a los diferentes clientes o usuarios de las entidades bancarias o financieras de que sus datos económicos no podrán ser revelados.

Su fin primordial, radica desde la norma suprema, que es la Constitución Política de la República, la cual protege intrínsecamente ese derecho a la privacidad que cada persona posee naturalmente, siendo parte de sus derechos fundamentales, por lo que su naturaleza y origen radica en ese derecho, el cual debe ser limitado únicamente en los casos excepcionales previstos en la ley, siguiendo el debido proceso respectivo para poder acceder al mismo, guardando la estricta confidencialidad que la norma suprema le otorga directamente a todas las personas individuales y jurídicas, legalmente constituidas en el país.



CAPÍTULO II

2. La evasión fiscal

2.1 Orígenes y antecedentes

La evasión de tributos representa un fenómeno universal que ha estado presente en todo tiempo y lugar, en todas las sociedades, en distintos grupos sociales y en diversos sectores de actividad. Sin embargo, el rápido crecimiento de la economía internacional hasta mediados de la década de 1970, hizo que se perdiera el interés, sobre estos conceptos; la moda en la administración de impuestos a nivel global, para ese entonces, fue el rápido crecimiento de las bases impositivas, la aparición de nuevos tributos de alta elasticidad como: el Impuesto sobre al Valor Agregado y el incremento en las tasas de impuestos. Más tarde, en la década de 1980, el ánimo sobre este concepto volvió a ser importante debido a diversas razones, entre las cuales pueden mencionarse las tres más importantes: el Impuesto sobre al Valor Agregado y el incremento en las tasas de impuestos.

La doctrina menciona que pueden existir tres tipos de argumentos que tratan de explicar la acción de evasión, desde el punto de vista de los motivos objetivos y particulares que la provocan: a) la evasión es una repuesta económica y calculada de la conducta de los contribuyentes que buscan incrementar sus riquezas y responden a los incentivos y castigos que ofrece el sistema y gestión tributaria; b) la evasión es más bien un problema de elusión puesto que los contribuyentes usan los resquicios de la ley evitando la comisión flagrante de delitos; c) la evasión fiscal solo es una consecuencia y no el motivo fundamental.



Por su parte, el autor Vizcenso Visco, indica que: “la Iglesia Católica se ha expresado en referencia a la evasión tributaria estableciendo en el nuevo Catecismo dado a conocer en la Constitución Apostólica Fidei Depositum por el Sumo Pontífice Juan Pablo II, en octubre de 1992, en su parte conducente referente al mandamiento que prohíbe el robo, manifestando que toda forma de tomar o retener injustamente el bien ajeno, aunque no contradiga las disposiciones de la ley civil, es contraria al séptimo mandamiento y menciona como uno de los ejemplos al fraude fiscal”.⁴

La resistencia fiscal es típicamente motivada por el desacuerdo con las políticas del gobierno o institución que se dedica a recoger los impuestos. Los anarquistas que resistían a los impuestos se oponían a cualquier persona o institución que exigía tributo, obligatorio bajo amenaza de castigo.

Por otra parte, los anarquistas cristianos de la escuela pacifista, tenían reticencia hacia a los impuestos, objetando sobre todo los que financiaban la violencia gubernamental. Algunas personas sugieren que el derecho a negar el pago de impuestos es en el espíritu de la democracia, dar a la gente un derecho de veto y obligar los gastos del gobierno a hacerse con el consentimiento de los gobernados, todo esto con la finalidad de establecer una resistencia frente a la imposición de los tributos y no ceder a la obligación de hacer efectivos los mismos, pretendiendo con ello la anarquía de ciertos grupos unidos en contra de todas las disposiciones establecidas, lo cual generó ingobernabilidad, ya que al imponer dicho tributo, no se hacía en forma consensuada si no que se recurría a la obligatoriedad por parte del Estado, para hacerlos efectivos.

⁴ Vizcenso, Alfonso Visco. **Hacienda pública española, reforma tributaria y evasión fiscal en Italia.** Pág. 72.



2.2 Datos relevantes

Desde la época colonial y post independiente en el país se emitió una serie de leyes impositivas que reflejaban el mismo sistema tributario de España, podemos mencionar entre algunos tributos el de Alcabala, impuesto considerado como porcentaje que gravaba la compraventa y permuta de bienes, el de comercio exterior en las importaciones, exportaciones y el de papel sellado. En el año de 1881, se pone en vigencia el Código Fiscal, documento que reunió en un solo texto las leyes tributarias existentes en ese entonces; los procedimientos administrativos en ese campo y lo concerniente a infracciones y sanciones; delegada facultades de recaudación y administración en las municipalidades, creaba jurisdicciones privativas para juzgar lo relacionado a aspectos fiscales. Desde esa época, ha acontecido en el país, que las reformas fiscales causen una situación anárquica, al provocar desorden, confusión por ausencia o debilidad de la autoridad pública, hasta la fecha. También se puede mencionar que, evasión es toda y cualquier acción u omisión tendiente a suprimir, reducir o demorar el cumplimiento de una obligación tributaria. Para que exista, deben concurrir tres elementos:

- Una persona obligada al pago.
- Que no se pague un impuesto al cual estaba obligado al pago.
- Que se incumpla una ley.

La acción u omisión de los que están adscritos a la satisfacción de un deber fiscal resulta, en la suspensión, disminución o aplazamiento de una entrada financiera a una persona de derecho público con obligación a pagar y, excepcionalmente, en la falta de cumplimiento de la obligación tributaria accesoria de hacer o no hacer, que puede permitir u ocultar la existencia de una evasión económica primaria.



A este respecto, el autor Sampaio Doria expuso en una conferencia al respecto lo siguiente: “no estamos de acuerdo en considerar la evasión tributaria como equivalente a cualquier incumplimiento de las obligaciones tributarias; somos del parecer que de su significación debe restringirse exclusivamente a la falta de cumplimiento de la prestación principal de obligación tributaria, consiste en el impago total o parcial del tributo, con violación de la norma legal que lo instituye, por tanto, debe excluirse del concepto de evasión el incumplimiento de las obligaciones accesorias y la morosidad tributaria”.⁵

El autor Matus Benavente, califica la evasión tributaria como un fenómeno financiero, que consiste en sustraerse el pago de los impuestos, privando al Estado de su ingreso y configura la evasión ilícita como: “aquella que se realiza violando las leyes tributarias y en que, no obstante estarse jurídicamente obligado a satisfacer el impuesto, porque se ha cumplido los requisitos legales para que nazca a favor del Estado el crédito tributario, el contribuyente contraviniendo la ley no cancela el impuesto”.⁶

Por otra parte, los resistentes a impuestos cambian sus vidas y estilos de vida a fin de deber menos impuestos. Por ejemplo, para evitar un impuesto especial sobre el alcohol, un resistente podrían elaborar cerveza casera, para evitar los impuestos sobre la gasolina, un resistente podría montar en bicicleta o elaborar su propio combustible, para evitar el impuesto sobre la renta, un resistente podría decidir tener menos ingresos o egresos y asumir una vida sencilla o "fregana" y así sucesivamente, con el objetivo de no ir pagando los mismos.

⁵ Sampaio Doria, Antonio R. **V Asamblea General del CIAT**. Pág. 84.

⁶ Matus Benavente, Manuel. **Revista políticas de reducción de la evasión tributaria**. Pág. 154.



2.3 Causas que dan origen

2.3.1 Causas técnicas

Cuando se habla de carencia de conciencia tributaria, decimos que ella implica que en la sociedad no se ha desarrollado el sentido de cooperación de los individuos con el Estado. No se considera que el Estado lo conformamos todos los ciudadanos y que el vivir en una sociedad organizada, implica que todos debemos contribuir a otorgarle los fondos necesarios para cumplir la razón de su existencia, cual es, prestar servicios públicos.

Ello es así, y los ciudadanos deben saber que el Estado debe satisfacer las necesidades esenciales de la comunidad que los individuos por si solos no pueden lograrlo. Por otra parte, la sociedad demanda cada vez con mayor fuerza que el Estado preste los servicios esenciales como salud, educación, seguridad, justicia, etc., pero que estos servicios los preste con mayor eficiencia.

La doctrina expresa, la formación de la conciencia tributaria se asienta en dos pilares. El primero de ellos, en la importancia que el individuo como integrante de un conjunto social, le otorga al impuesto que paga como un aporte justo, necesario y útil para satisfacer las necesidades de la colectividad a la que pertenece. El segundo pilar, lo basa en que el mismo prioriza el aspecto social sobre el individual, en tanto esa sociedad a la que pertenece el individuo, considere al evasor como un sujeto antisocial, y que con su accionar agrede al resto de la sociedad. En este segundo aspecto, el ciudadano al observar a su alrededor un alto grado de corrupción, considera que aquél que actúa de esa manera antisocial, de no ingresar sus impuestos, es una persona



"hábil", y que el que paga es un "tonto", es decir que el mal ciudadano es tomado equivocadamente como un ejemplo a imitar.

Por otra parte, el hecho del conocimiento elevado del grado de evasión existente, deteriora la conducta fiscal del contribuyente cumplidor, máxime si actúa bajo la creencia de la insuficiencia de medios para combatirla por parte de la administración fiscal. Esta ineficiencia que podría exteriorizar la administración tributaria, puede influir para que el contribuyente cumplidor se vea tentado a imitar la conducta del evasor, a esta situación también le debemos agregar la existencia de permanente moratorias, blanqueos, condonaciones, etc., que hacen que el pagador se vea perjudicado al colocarlo en igualdad de condiciones con el contribuyente que no cumple regularmente sus obligaciones fiscales.

Las causas de la evasión no son únicas, como lo menciona el doctor Lamagran: "el examen del fenómeno de evasión fiscal, nos permite colegir su grado de complejidad y su carácter dinámico. Su reducción dependerá de la remoción de los factores que conllevan tales causalidades, debiéndose llevar a cabo una series de medidas adecuadas a un contexto económico y social dado, a fin de lograrlo. Todo ello sin perjuicio de que circunstancias ajenas al campo económico tributario puedan mejorar o afectar el nivel de cumplimiento impositivo".⁷

El examen del fenómeno de evasión fiscal nos permite ver su grado de complejidad y su carácter dinámico, su reducción dependerá de la remoción de factores especiales que conllevan tales causas, debiéndose llevar a cabo una serie de medidas adecuadas

⁷ Lamagrande, Alfredo: **Recomendaciones propuestas para reducir la evasión fiscal**. Pág. 1.



a un contexto económico y social dado, con la finalidad de poder lograrlo eficazmente.

Todo esto sin perjuicio de que circunstancias ajenas al campo económico tributario puedan mejorar o afectar el nivel de cumplimiento impositivo. Algunos contribuyentes pagan sus impuestos, pero incluyen cartas de protesta junto con sus formularios de impuestos. Otros pagan en una forma que manifiestan su desacuerdo, por ejemplo, escribiendo su cheque en un asiento de retrete o una maqueta de un misil. Otros pagar de una manera que crea inconvenientes para el recaudador, por ejemplo, mediante el pago de la totalidad del importe en monedas de baja denominación.

2.3.2 Causas socioculturales

Cuando se habla de carencia de conciencia tributaria, se dice que ella implica que en la sociedad no se ha desarrollado el sentido de cooperación de los individuos con el Estado

No se considera que el Estado lo conformamos todos los ciudadanos y que el vivir en una sociedad organizada, implica que todos debemos contribuir a otorgarle los fondos necesarios para cumplir la razón de su existencia, cual es, prestar servicios públicos.

Entre ellas podemos encontrar las siguientes:

- ✓ Carencia de una conciencia tributaria sistema tributario poco transparente
- ✓ Administración tributaria poco flexible
- ✓ Bajo riesgo de ser detectado

Como lo expresa la doctrina, la formación de la conciencia tributaria se asienta en dos pilares. El primero de ellos, en la importancia que el individuo como integrante de un



conjunto social, le otorga al impuesto que paga como un aporte justo, necesario y útil para satisfacer las necesidades de la colectividad a la que pertenece; y el segundo, la obligación de poder administrar correctamente los tributos recaudados, todo esto con la finalidad de cumplir de forma positiva, distribuyendo los mismos eficientemente.

2.4 Herramientas para combatir la evasión fiscal

2.4.1 Aumentar el rol recaudador del Estado

El efecto de la introducción de un impuesto en la distribución del ingreso será magnificado, en tanto, el modo en que el gobierno gaste sus recursos. No se producirán las mismas repercusiones si el gasto público es aprovechado eficientemente. El Estado para cubrir las necesidades públicas colectivas, y con ello los fines institucionales, sociales y políticos necesita disponer de recursos, que los obtiene, por un lado a través del ejercicio de su poder tributario que emana de su propia soberanía, y por el otro, del usufructo de los bienes propios que el estado posee y los recursos del endeudamiento a través del crédito público.

Desde el punto de vista de los recursos tributarios, la ausencia de esta vía de ingresos, hace que se produzca en las arcas del estado una insuficiencia de fondos para cumplir sus funciones básicas. Esta abstracción de recursos, es lo que se denomina " evasión fiscal", por ello nos parece adecuado mencionar diferentes conceptos que fueron vertidos en referencia a tal fenómeno.

Si se ajusta al significado del término evasión, el mismo es un concepto genérico que contempla toda actividad racional dirigida a sustraer, total o parcialmente, en provecho

propio, un tributo legalmente debido al Estado, la evasión fiscal o tributaria es toda eliminación o disminución de un monto tributario producido dentro del ámbito de un país por parte de quienes están jurídicamente obligados a abonarlo y que logran tal resultado mediante conductas fraudulentas u omisivas violatorias de disposiciones legales.

La conciencia tributaria no tiene una atención adecuada, sobre todo en los países en vías de desarrollo, entre los que nos encontramos.

El desconocimiento de las funciones vitales que cumple el Estado para con la sociedad, como la educación, justicia, salud y seguridad, hacen que exista por parte de los habitantes una especie de apatía sobre la política tributaria y con ello un desinterés social general.

2.4.2 Mejorar el sistema tributario

Se debe incrementar la difusión inductiva realizada por el propio organismo, llevada ésta a despertar o estimular la conciencia social, poniendo de relieve los beneficios de la menor onerosidad que produce el cumplimiento en término.

El desconocimiento de las funciones vitales que cumple el Estado para con la sociedad, como la educación, justicia, salud y seguridad, hacen que exista por parte de los habitantes una especie de apatía sobre la política tributaria y con ello un desinterés social general.

2.4.3 Flexibilizar la administración tributaria



Esta situación de exigencia de versatilidad del sistema tributario como consecuencia de la necesidad de ensamblar ambos objetivos, torna imprescindible una coordinación que pueda ser eficiente, facilitando así la armonía entre los sujetos pasivos, que son los contribuyentes, haciendo énfasis en la modernización objetiva de la misma, dando paso a una permanente fiscalización hacia los administradores tributarios y proponiendo formas de mecanismos, orientados hacia una política fiscal adecuada a las necesidades principales de cada Estado.

Entre los objetivos de máxima que requiere una administración flexible, es que actúe en pos de la simplificación de las normas tributarias y sus propios procedimientos de trabajo, situación ésta necesaria a los fines de facilitar las tareas del contribuyente y de la propia administración. Por ello la administración fiscal en el mejoramiento de su sistema tributario debe propender a:

- ✓ Respetar los principios de equidad, tanto vertical como horizontal
- ✓ Que las leyes tributarias respeten los principios de proporcionalidad, igualdad, transparencia, no confiscatoriedad, etc.
- ✓ Observar principios constitucionales que en definitiva apuntalan un sistema respetuoso de los derechos y garantías individuales constitucionales.
- ✓ Respetar el principio de economicidad de los impuestos.
- ✓ Administración tributaria poco flexible.

Esta situación de exigencia de versatilidad del sistema tributario como consecuencia de la necesidad de ensamblar ambos objetivos, torna imprescindible una coordinación permanente entre los administradores tributarios y los que deciden la política fiscal.

2.4.4 Mayor control

El contribuyente al saber que no se lo puede controlar se siente tentado a incurrir en esa conducta de tipo fiscal, ésta produce entre otras consecuencias la pérdida de la equidad horizontal y vertical. Resulta de ello que contribuyentes con ingresos similares pagan impuestos muy diferentes en su cuantía, o en su caso, empresas de alto nivel de ingresos potenciales, podrían ingresar menos impuestos que aquellas firmas de menor capacidad contributiva.

Dicha situación indeseable desde el punto de vista tributario, es un peligroso factor de desestabilización social, la percepción por parte de los contribuyentes y el ciudadano común de esta situación, desmoraliza a quienes cumplen adecuadamente con su obligación tributaria. En este sentido, los esfuerzos de la administración tributaria deben, entonces estar orientados a detectar la brecha de evasión y tratar de definir exactamente su dimensión, para luego, analizar las medidas a implementar para la corrección de las inconductas detectadas.

El efecto demostrativo de la evasión es difícil de contrarrestar si no es con la erradicación de la misma, en un ámbito de evasión es imposible competir sin ubicarse en un ritmo similar a ella, aparece así la evasión como autodefensa ante la inacción del Estado y la aquiescencia de la sociedad.

El factor del bajo riesgo de ser detectado, se busca relacionarlo en forma directa con la falta de control efectivo de la administración, si existiera un control permanente en todas las etapas del proceso hasta la recaudación del tributo, este riesgo se vería incrementado en un gran nivel.



El contribuyente debe tener bien en claro que está enfrentando un alto riesgo en este sentido, y que de materializarse esa situación, deberá realizar el ingreso en forma forzada y que la sanción por incumplimiento le traerá aparejada una carga más pesada, la que no solo podría ser de carácter pecuniario, sino también de tipo penal.

Por otra parte en el caso de ser detectado, el riesgo sancionatorio debe ser adecuado y razonable, es decir que contemple sanciones lo suficientemente severas, como para que de la evaluación que haga el contribuyente de esa conducta omisiva, llegue al convencimiento de cumplir adecuadamente con sus obligaciones debe ser razonable, de tal forma que no sea exagerada en cuanto a su severidad, a los fines de que puedan ser aplicadas sin excepción. Es importante al momento de su cumplimiento por parte del sujeto obligado, deben ser objetivas y proporcionales de acuerdo a las sanciones respectivas.

El desconocimiento de las funciones vitales que cumple el Estado para con la sociedad, como la educación, justicia, salud y seguridad, hacen que exista por parte de los habitantes una especie de apatía sobre la política tributaria y con ello un desinterés social general. En este ámbito, existen un gran abanico de posibilidades, queda en manos del Estado, analizar los costos que pudieran derivar de su inserción en los planes de educación cívica de las futuras generaciones.

Es necesario, confrontar esta erogación no solo con los costos sociales del incumplimiento y presión social que ejercen en la sociedad los evasores, sino también con respecto hacia el contrato social llevado a cabo por el pueblo y el Estado, en beneficio de la colectividad.



CAPÍTULO III

3. Consecuencias del enriquecimiento ilícito y la evasión fiscal, derivado del mal uso en el secreto bancario

3.1 Aspectos generales

El secreto bancario desde su punto de vista de su historia y de las relaciones que se han venido dando a través del tiempo, de las personas con los banqueros, está cifrado en una especie de consentimiento tácito en que las comunicaciones que se hacen a los bancos están adornadas de una secretividad manifiesta: "La formación de los usos bancarios deriva, unas veces, de prácticas profesionales que dominan tácitamente la conclusión de los contratos bancario, de tal suerte que, ante el silencio de los contratantes, debe de entenderse que éstos han querido seguir tales prácticas; otras veces los usos se condensan en las condiciones generales elaboradas unilateralmente por los bancos, caracterizándose en este caso por estar inspirados en los intereses particulares".⁸

La importancia dada al secreto bancario tiene una relación directa con las diferentes modalidades e idiosincrasias que lo afectan y determinan. En algunos países, como podría ser Suiza o Luxemburgo, el secreto recibe una protección que se ha visto plasmada a través de una legislación que contempla de forma muy rigurosa este deber de confidencialidad. Sus bancos, han respetado ese deber celosamente, salvo está en supuestos excepcionales claramente establecidos por la ley.

⁸ Lucas Verdú, Pablo. **Curso de derecho político**. Pág. 86



“Las instituciones financieras que dependen de ganancias ilícitas tienen otra tarea difícil en la administración acertada de sus bienes, obligaciones y operaciones una demostración lo constituyen las grandes sumas de dinero lavado pueden llegar a una institución financiera y luego desaparecer repentinamente sin aviso, mediante traslados telegráficos ocasionados por factores fuera del mercado, tales como operaciones de aplicación de la ley, ello puede presentar problemas de liquidez y pánico bancario de hecho, varias quiebra bancarias en todo el mundo se han atribuido a la actividad delictiva”.⁹

Dentro de estas consecuencias es importante mencionar, el lavado de dinero, que es una de la formas en que el delincuente trata de asegurar de que al final de cuentas el delito paga, este requisito demanda que los delincuentes bien sean narcotraficantes, delincuencia organizada, terroristas, traficantes de armas, chantajistas o estafadores con tarjetas de crédito, disfracen el origen de su dinero ilegal para evitar que sea detectado y que se les enjuicie cuando lo utilizan.

Es importante mencionar que el lavado de dinero es esencial para lograr el funcionamiento efectivo de prácticamente toda forma de delincuencia transnacional y organizada. El lavado de dinero tiene potencialmente consecuencias devastadoras económicas y sociales así como para la seguridad, es combustible con que traficantes de drogas, terroristas, comerciantes ilegales en armas, funcionarios públicos corruptos y demás pueden operar y ampliar sus actividades ilícitas.

⁹ http://avisoralavadodedinero_blanqueodedienro02.ht. (Fecha de consulta 12/01/2016).



Esta actividad ilícita, depende hasta cierto punto de sistemas y operaciones financieras existentes las opciones que tiene el delincuente para lavar dinero están limitadas solo por su imaginación.

“El dinero se lava por intermedio de las casas de cambio de moneda, casas de corretaje de bolsa, comerciantes en oro, casinos, vendedores de automóviles, compañías de seguros sociedades mercantiles, los servicios de transacciones bancarias privadas, los bancos extraterritoriales las sociedades ficticias las zonas de libre comercio los sistemas de telégrafo y la financiación comercial todos pueden encubrir actividades ilícitas. El lavado de dinero desenfrenado puede erosionar la integridad de las instituciones financieras de un país debido al alto grado de integración de los mercados de capital esta actividad puede también afectar adversamente las monedas y las tasas de interés”.¹⁰

Un efecto inmediato se ve en la reducción de los ingresos tributarios, ante lo cual los gobiernos no pueden cumplir con su meta fiscal establecida.

3.2 Impacto en la recaudación tributaria

La relación negativa entre el grado de evasión y el tamaño de la empresa. Un aumento en la dimensión de la compañía medido por sus ingresos, disminuye porcentualmente los impuestos omitidos, lo que se explica porque la hace más visible y la probabilidad de ser auditada aumenta. Por lo tanto, existe una relación inversa entre la probabilidad de auditoría y la tasa de evasión.

¹⁰ <http://www.sat.gob.gt>. (Fecha de consulta 16/01/2016).



El número de inspecciones auditorias determina la posibilidad para que un evasor sea detectado. Así lo indica la estimación de la evasión en el Impuesto al Valor Agregado en Chile, el cual refiere que: la probabilidad de ser auditado disminuye la evasión, siendo las primeras auditorias más efectivas que las siguientes y dependiendo de la clase de industria o servicios de que se trate, así mismo será el grado de evasión.

La evasión, a su vez, motiva al irrespeto hacia las autoridades impositivas por parte de los contribuyentes al ser incapaces de detectarlos, generando en la ciudadanía desconfianza en la efectividad de las instituciones del Estado.

Esta problemática hace que la carga impositiva se distribuya entre quienes cumplen las obligaciones tributarias, traduciéndose en ventaja para los que transgreden.

Algunas de las causas que más frecuentemente influyen en el incumplimiento de las obligaciones tributarias, según la opinión de Alba Lucía Orozco quien afirma: “cuando hablamos de carencia de conciencia tributaria, decimos que ella implica que en la sociedad no se ha desarrollado el sentido de cooperación de los individuos con el Estado”.¹¹

Se puede decir, por tal razón, que el Estado lo conformamos todos los ciudadanos y que el vivir en una sociedad organizada, implica que todos debemos contribuir a otorgarle los fondos necesarios para cumplir la razón de su existencia, cual es, prestar servicios públicos”.

¹¹ Orozco De Triana, Alba Lucía. **Tecnología aplicada para combatir la evasión fiscal**. Pág. 50



La falta de un adecuado sistema tributario puede constituir una causa de evasión, sin lugar a dudas que ésta no puede ser endilgada como la causa principal y exclusiva, si nos ajustáramos a esta explicación simplista, bastaría con modificar el sistema tributario y todos los problemas estarían resueltos.

En este sentido, los esfuerzos de la administración tributaria deben, entonces estar orientados a detectar la brecha de evasión y tratar de definir exactamente las medidas adecuadas para su dimensión.

3.3 Incidencias económicas

La evasión de tributos representa un fenómeno universal que ha estado presente en todo tiempo y lugar, en todas las sociedades, en distintos grupos sociales y en diversos sectores de actividad. Al momento en que sea crea la relación entre el fisco y el contribuyente se generan una serie de obligaciones a cumplirse por ambas partes. Al inscribirse en el Registro Público de Contribuyentes, el contribuyente adquiere la obligación de determinar impuestos, enterarlos y pagarlos, entre otras obligaciones que el fisco establece.

La evasión de impuestos representa una desviación (fuga) de los recursos financieros del presupuesto nacional hacia el gasto privado. Y este último tiene “efectos multiplicadores” mucho más bajos que los gastos, por ejemplo, en fertilizantes agrícolas, educación, salud e infraestructura.

Hay cuatro aspectos clave que los profesionales pueden extraer del estudio del Banco Mundial (III-Gotten Money and the Economy, Experiences from Malawi and Namibia).



Entre estas, podemos encontrar principalmente:

1. Las pérdidas causadas por la corrupción y la evasión tributaria son poderosos ejemplos de cómo las actividades criminales pueden tener potencialmente enormes efectos negativos sobre el desarrollo económico.
2. El dinero obtenido ilícitamente no se gasta en inversiones productivas que puedan tener un efecto multiplicador en la economía y beneficiar a la gran mayoría de la población, en lugar de solo a unos pocos elegidos.
3. El estudio confirma la importancia de que los países en desarrollo adopten, para su propio beneficio, regímenes jurídicos e instituciones debidamente adaptados para ir en busca del dinero sucio. Los regímenes deben reflejar los contextos políticos, económicos y sociales locales”.¹²

Es menester que el Estado para poder realizar sus funciones y afrontar sus gastos, debe contar con recursos, y los mismos se obtienen a través de los diferentes procedimientos legalmente estatuidos y preceptuados en principios legales constitucionales. “A estos recursos financieros los podemos agrupar en: 1) recursos patrimoniales propiamente dichos; 2) recursos de las empresas estatales; 3) recursos gratuitos; 4) recursos tributarios ; 5) recursos derivados de sanciones; 6) crédito público”.¹³

¹² <http://blogs.worldbank.org/voices/es/c-mo-la-corrupci-n-y-la-evasi-n-de-impuestos-alteran-al-desarrollo>. (Fecha de consulta 20/01/2016).

¹³ <http://www.monografias.com/trabajos6/efis/efis.shtml>. (Fecha de consulta 20/01/2016).



3.4 Pérdida del control de la política financiera

“El fondo monetario internacional ha calculado la magnitud del lavado de dinero entre dos y cinco por ciento del producto interno bruto del mundo, en algunos países de mercados en desarrollo es posible que estas ganancias ilícitas empequeñezcan los presupuestos gubernamentales, con el resultado de que los gobiernos pierden el control de la política económica de hecho en algunos casos la magnitud misma de la base acumulada de bienes de las ganancias lavadas puede emplearse para acaparar el mercado o monopolizar las pequeñas economías.

El lavado de dinero también puede afectar adversamente las monedas y las tasas de interés cuando sus practicantes reinvierten los fondos donde sus planes tienen menos posibilidad de ser detectados en lugar de hacerlo donde la tasa de rendimiento es más elevada”.¹⁴

Las actividades ilícitas como el enriquecimiento ilícito, derivado del lavado de dinero, puede acrecentar la amenaza de la inestabilidad monetaria debido a la distribución inadecuada de recursos ocasionada por la distorsión artificial de los precios de bienes y productos básicos. En suma, el lavado de dinero puede tener como resultado cambios inexplicables en la demanda monetaria y mayor inestabilidad de los flujos de capital internacional, las tasas de interés y los tipos de cambio. Como producto de actividades ilegales, el dinero negro puede ser un indicio de dichas actividades (la persona tiene una riqueza que no puede explicar). En estos casos, al procedimiento mediante el cual

¹⁴ Riveiro González, Milton Roberto Estuardo. **La incidencia negativa del lavado de dinero en el secreto bancario guatemalteco.** Pág. 12.



el dinero negro se hace pasar por dinero obtenido legalmente se le denomina blanqueo de capitales y su objetivo es ocultar el origen de los fondos y de esta manera lograr que ese dinero tribute y figure oficialmente como procedente de una actividad lícita.

“Estas maniobras financieras generan un crecimiento económico no existente que en determinado momento provoca distorsión económica e inestabilidad toda vez que el dinero está controlado por una sola persona, que después de realizar estas operaciones lo trasladan a otros países. Dichas prácticas ilícitas, disminuyen los ingresos tributarios gubernamentales y por tanto perjudican indirectamente a los contribuyentes honrados. También hace más difícil la recaudación de impuestos, está pérdida de recaudación tributaria generalmente significa tasas de impuestos más elevadas de lo que sería si las ganancias de las actividades ilícitas, que no pagan impuestos fueran legítimas”.¹⁵

3.5 Formas de evasión fiscal en Guatemala

“Como producto de esta investigación, se ha encontrado que los estudiosos de la materia se refieren a distintos casos en que puede practicarse la evasión tributaria. El propósito es únicamente mencionarlos de manera general, a efecto de no provocar dudas o discusiones que obstaculizarían en establecer el por qué de estas prácticas de evasión. Según la clasificación de modelos generales de evasión que Manuel Cifuentes López sostiene que éstas pueden ser: “a) omisión de declaración de los diferentes objetos de impuestos, tales como ventas, producción, e importación. a) alteración

¹⁵ Riveiro González, Milton Roberto Estuardo. **La incidencia negativa del lavado de dinero en el secreto bancario guatemalteco**. Pág. 13.

deliberada de las cifras consignadas en las declaraciones para el pago de los impuestos respectivos. c) la adquisición ilegal de facturas por compras o servicios recibidos sin que se haya realizado el acto necesariamente, para aumentar los gastos y obtener crédito fiscal. d) Simulación de actos mercantiles o formalización de los mismos con datos falsos”.¹⁶

La Conferencia Interamericana de Administraciones Tributarias, CIAT, cuyo tema principal fue el combate a la evasión fiscal; la cual se llevó a cabo en el año 2001, en Quito, Ecuador, cuyo propósito contemplaba destacar lo relativo a las diversas ventajas en conocer el monto y la forma de evasión fiscal, las formas que se tienen para evadir dichas obligaciones, las causas principales que afectan directamente en la recaudación tributaria y sus efectos mediatos e incidencias hacia con los estados.

Además, era necesario discutir los beneficios de la posibilidad de establecer el nivel de eficacia de algunas de las funciones principales las administraciones tributarias, como por ejemplo: la fiscalización y recaudación, así como la importancia de implantar métodos para determinar la evasión tributaria a través del tiempo.

Por otro lado, se definió como brecha tributaria la diferencia entre el total de los impuestos adeudados, si se lograra un cumplimiento total y todos los impuestos efectivamente recaudados. La referida reunión, indicó que la brecha tributaria está integrada por tres elementos del universo de contribuyentes que no cumplen, siendo estos: a) Personas o empresas que deberían presentar declaraciones pero que no lo

¹⁶ Cifuentes López, Manuel. **Evasión tributaria**. Pág. 38



hacen; b) Personas o empresas que presentan declaraciones pero que no incluyen en ellas la cantidad de impuestos adeudados; y, c) Personas o empresas que no pagan los impuestos y que están determinados como adeudados”.¹⁷

Por otra parte, el autor Norma Llema Laparra, define como brecha tributaria: “el total de impuestos no pagados antes de la fiscalización; y como brecha tributaria del total de impuestos no pagados después de la labor de fiscalización”.¹⁸

3.6 Ilícitos penales que se originan de originan de ello

3.6.1 Defraudación tributaria

Existen dos formas de evasión tributaria: la legal y la ilegal. Sin embargo, no toda acción tomada para reducir el pago de impuestos constituye evasión.

Evasión legal: corresponde a la declinación de los pagos de los impuestos usando los vacíos que existen en la ley sin que constituyan falta o delito. Dicha evasión, no es fiscalizada por las instituciones respectivas y en caso de detectarse no pueden recibir sanción; pues como no se investiga su cuantificación se dificulta. Para corregirla se requiere modificar la legislación y homogenizar el sistema tributario.

Evasión ilegal: es el incumplimiento deliberado en la declaración y pago de las obligaciones tributarias estipuladas en la legislación.

¹⁷ Aguilar Rodas, Walter Vinicio, **Análisis jurídico y doctrinario de la evasión fiscal**. Pág. 29.

¹⁸ Laparra Conde, Norma Llema. **Evasión tributaria**. Pág. 34.



Estas acciones, comprenden la aplicación de normas que van desde la sanción, en caso de haber cometido una falta, a la denuncia penal en caso de tratarse de un delito.

El autor Manuel Matus Benavente, define la evasión ilícita o ilegal como: “aquella que se realiza violando las leyes tributarias, y en que no obstante estar jurídicamente obligados a satisfacer un arancel, porque se han cumplido los requisitos legales para que nazca a favor del Estado el crédito tributario el contribuyente contraviniendo la ley no cancela el tributo.”¹⁹

Además, tienen los mismos efectos económicos porque no respetan el principio de la equidad, disminuyen los ingresos fiscales y distorsionan la oportuna asignación de recursos.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, se encuentra tipificado el delito de defraudación tributaria en el artículo 358 “A” del Código Penal, el cual establece que: comete delito de defraudación tributaria quien, mediante simulación, ocultación, maniobra, ardid o cualquier otra forma de engaño, induzca a error a la administración tributaria en la determinación o el pago de la obligación tributaria, de manera que produzca detrimento o menoscabo en la recaudación impositiva.

3.6.2 Resistencia a la acción fiscalizadora de la administración tributaria

Este delito se encuentra tipificado en el Artículo 93 del Código Penal el cual establece que: constituye resistencia cualquier acción u omisión que obstaculice o impida la acción fiscalizadora de la administración tributaria, después de vencido el plazo

¹⁹ Matus Benavente, Manuel. **Finanzas públicas**. Pág. 45.



improrrogable de tres (3) días, contados a partir del día siguiente de la notificación de la documentación o información de carácter tributario, contable o financiero.

Es importante resaltar que no atender adecuadamente una auditoria fiscal por parte de la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), puede ocasionar problemas de delito fiscal. Las auditorias fiscales que efectúa la autoridad tributaria se inician con un requerimiento de información, el cual debe ser notificado personalmente.

3.6.3 Enriquecimiento Ilícito de funcionarios y empleados públicos

Este delito se encuentra tipificado en el Artículo 448 Bis del Código Penal, el cual establece que: comete delito de enriquecimiento ilícito, el funcionario, empleado público o quien ejerza funciones públicas, y hasta cinco años después de haber cesado en el ejercicio de la función pública, que obtenga para sí mismo o para cualquier persona un beneficio patrimonial, un incremento en su nivel de gastos, cancelación de deudas u obligaciones que no correspondan al que haya podido obtener, derivado del ejercicio del cargo o de cualquier ingreso y que no pueda justificar su procedencia lícita.

3.6.4 Enriquecimiento Ilícito de particulares

Este delito se encuentra tipificado en el Artículo 448 Ter del Código Penal, el cual establece que: comete el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, quien sin ser funcionario o empleado público, administre, ejecute o maneje recursos públicos o bienes del Estado, hasta cinco años después de haber cesado en dicha función, que obtenga para sí mismo o para cualquier persona un beneficio patrimonial, incremento en su nivel de gastos, o cancelación de deudas u obligaciones que no correspondan al



que haya podido obtener derivado de su administración, ejecución o manejo u otros ingresos lícitos.

3.6.5 Lavado de dinero u otros activos

Este delito se encuentra tipificado en el Artículo 2 de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, el cual establece que: comete el delito de lavado de dinero u otros activos quien por sí, o por interpósita persona: a) Invierta, convierta, transfiera o realice cualquier transacción financiera con bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito; b) Adquiera, posea, administre, tenga o utilice bienes o dinero sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito; c) Oculte o impida la determinación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes o dinero o de derechos relativos a tales bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto de la comisión de un delito o poseen un origen lícito que pueda sostenerse fehacientemente.





CAPÍTULO IV

4. Ley de Bancos y Grupos Financieros

4.1 Antecedentes históricos

El desarrollo económico y social del país ha ido requiriendo de un sistema bancario confiable, solvente, moderno y competitivo, que mediante la canalización del ahorro hacia la inversión contribuya al crecimiento sostenible de la economía nacional, y que de acuerdo con los procesos de apertura de las economías, debe ser capaz de insertarse adecuadamente en los mercados financieros internacionales.

Es importante mencionar que el espíritu de esta ley siempre ha sido regular lo relativo a la creación, organización, fusión, actividades, operaciones, funcionamiento, suspensión de operaciones y liquidación de bancos y grupos financieros, así como al establecimiento y clausura de sucursales y de oficinas de representación de bancos.

Los bancos del sistema han ido desarrollado estructuras corporativas que, aún cuando tienen una función económica positiva para el país, las mismas carecen de regulación específica, aspecto que podría inducir a tales entidades a asumir excesivos riesgos, en su perjuicio, así como en perjuicio del propio sistema, pero fundamentalmente para los usuarios de tales estructuras, y por ende, para la economía nacional, por lo que es necesario establecer la normativa que prevea lo atinente a grupos financieros y a los mecanismos de su supervisión consolidada de acuerdo con las normativas y prácticas internacionales establecidas.



“Los orígenes legales e institucionales del actual sistema de bancario en Guatemala se remontan al período de la reforma monetaria y financiera de 1924-1926. Entonces, fue creado el Banco Central de Guatemala como establecimiento de emisión, giro y descuento, de carácter privado y con participación del Estado como accionista. Esta reforma culminó durante el mandato del General José María Orellana (1921-1926), y fue conducida en su etapa final por un equipo bajo el liderazgo del licenciado Carlos O. Zachrisson (entonces Ministro de Hacienda), que trabajó sobre la base de los estudios técnicos elaborados por el profesor Edwin Walter Kemmerer, de la Universidad de Princeton. En 1919, el propio gobierno de Estrada Cabrera invitó al profesor Kemmerer para estudiar las condiciones monetarias del país y hacer las recomendaciones que el caso ameritara para emprender la reforma, el cual recomendó, entre otras medidas, el establecimiento de un banco central que sería el agente fiscal del gobierno con exclusividad”.²⁰

4.2 Naturaleza jurídica

En virtud de que la actividad bancaria influye prácticamente en todos los ámbitos de la vida social, desde la economía doméstica hasta la del propio Estado, desde el ahorro familiar hasta el financiamiento de las grandes empresas, su presencia indefectible se hace sentir, puesto que tanto la problemática, del tipo de cambio, la ejecución de pagos y las distintas operaciones de crédito que cabe efectuar, las inversiones y el capital market, y la orientación y asignación de los recursos, están directamente conectados con la actividad bancaria.

²⁰ <http://www.banguat.gob.gt/inc/ver.asp?id=info/historica&>. (Fecha de consulta 25/01/2016).



El autor Martínez Gálvez, establece: “El derecho bancario tiene naturaleza de derecho público. Todo derecho es expresión de una ideología, por tanto cuando afirmamos que participa del derecho público estamos aceptando que el Estado asume un papel de garantista o de tutela de los derechos de terceros que confían en las instituciones bancarias en donde depositan los pequeños, medianos o grandes capitales”.²¹

El tratadista Miguel Acosta Romero, manifiesta que: “ya se ha demostrado que una gran parte de la doctrina extranjera y mexicana, considera que la actividad bancaria es un servicio público y, consecuentemente, está sujeta a concesión o autorización por parte del Estado. Bajo esta perspectiva, las normas que regulen esos aspectos, tienen el carácter de derecho público”.²²

4.3 Objeto de la ley

Su objeto principal es: regular lo relativo a la creación, organización, fusión, actividades, operaciones, funcionamiento, suspensión de operaciones y liquidación de bancos y grupos financieros, así como al establecimiento y clausura de sucursales y de oficinas de representación acreditadas legalmente de bancos extranjeros.

Es importante mencionar que dicha ley es de carácter específico, lo cual le da preeminencia sobre cualquier otro cuerpo legal ordinario, en materia de bancos, todo esto de conformidad con el principio jurídico de especificidad de las leyes.

²¹ Martínez Gálvez, Arturo. **Las crisis financieras y la supervisión**. Pág. 14.

²² Acosta Romero, Miguel. **Derecho bancario**. Pág. 55.



Según los considerandos de la Ley de Bancos y Grupos financieros, Decreto número 19-2002; los bancos del sistema, en Guatemala, actualmente, precisan de una normativa moderna y eficaz que les permita realizar, en mejor forma, sus operaciones y servicios a usuarios, considerando las tendencias de globalización y el desarrollo de los mercados financieros de carácter internacional.

Es de suma importancia establecer, la normativa que regule y prevea todo lo relativo a grupo financieros, así como a los mecanismos de su supervisión consolidada, tomando en cuenta, las prácticas internacionales; evitando así, grandes riesgos que perjudiquen no sólo al sistema bancario, sino principalmente, a los usuarios que conforman las estructuras corporativas y por ende a la economía del país. Siendo así que en la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 119, literal k) establece que es obligación fundamental del Estado proteger la formación de capital, el ahorro y la inversión.

4.4. Órganos de vigilancia del sistema bancario nacional

4.4.1 Junta monetaria

Es un órgano de decisión que tiene por objeto todo lo relativo a la política monetaria, cambiaria y crediticia dentro del sistema financiero nacional.

Según lo establecido en la Ley de Bancos y Grupos Financieros, en su Art. 6; último párrafo: la Junta Monetaria reglamentará los requisitos, trámites y procedimientos para el registro de oficinas de representación de bancos extranjeros, otorgando los permisos respectivos, previo a estudio y dictamen favorable por la Superintendencia de Bancos.



Según lo previsto en la Ley de Bancos y Grupos Financieros, en su Art. 7, establece: Los requisitos, trámites y procedimientos para la constitución y autorización de bancos el establecimiento de sucursales de bancos extranjeros y el registro de oficinas de representación de bancos extranjeros serán reglamentados por la Junta Monetaria. La Junta Monetaria en cualquier caso deberá, sin responsabilidad alguna y previo informe de la Superintendencia de Bancos, y observando el debido proceso, revocar la autorización otorgada cuando se compruebe que él o los solicitantes presentaron información falsa.

4.4.2 Superintendencia de bancos

Es un órgano de control del sistema financiero, que tiene por objeto verificar, supervisar y regular todo lo relativo a las operaciones bancarias, financieras, bursátiles y otras que realizan las personas jurídicas obligadas, constituidas legalmente para operar dentro del país.

4.4.2.1 Intendencia de verificación especial

Según lo establece la Ley de Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, la cual da origen a la misma, es un órgano especial de la Superintendencia de Bancos que tiene por objeto primordial velar por el estricto cumplimiento de dicha ley.

Entre sus funciones está la de requerir y 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; así como también, analizar la información obtenida a fin de confirmar la existencia de transacciones sospechosas, relacionadas con operaciones o patrones de lavado de dinero u otros



activos y todas las que se deriven de las leyes relacionadas con la materia y convenios internacionales suscritos y ratificados por el Estado de Guatemala.

4.4.3 Banco de Guatemala

Según lo establece el Artículo 3 de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala: es un órgano de control que tiene a su cargo la banca central cuyo objetivo fundamental, es contribuir a la creación y mantenimiento de las condiciones más favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional, propiciando las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias que promuevan la estabilidad en el nivel general de precios.

Dentro de sus funciones está la potestad de ser el único emisor de la moneda nacional, procurar que se mantenga un nivel adecuado de liquidez del sistema bancario, procurar el buen funcionamiento del sistema de pagos y demás funciones, compatibles con su naturaleza de banco central que le sean asignadas por mandato legal.

4.5 Derecho comparado

En la doctrina francesa, se puede encontrar que esta es unánime en considerar el secreto bancario a través del tiempo y 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 relevación de operaciones sería una especie de abuso de confianza.

El primer texto francés que hacía referencia al secreto bancario, fue una disposición administrativa del 2 de abril de 1639, misma que era relativa a la Bolsa de París, en la cual se establecía que los asuntos de la bolsa “no son conocidos más que por aquellos que negocian en la misma”. 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. Durante la historia las regulaciones francesas lo que han pretendido con la regulación y protección de los datos de los clientes, es otorgarles a los mismos ciertas garantías en cuantos a la seguridad bajo la cual estarán resguardados sus datos, de manera que se afiance la seguridad no solo de los clientes en cuanto a sí mismo, sino que también los mismo confien en las diferentes instituciones que conocen y manejan sus datos personales.

En México, hasta 1897 se tuvo conocimiento de lo referente al secreto bancario; la Ley General de Instituciones de Crédito de ese año, en el Artículo 115 prohibió a los interventores (de la SHCP), inferirse en la administración de los negocios de los bancos y comunicar a quien quiera que fuese, datos e informes relativos a ellos.

En Italia, se ha defendido el fundamento del secreto bancario, como base del establecimiento de su tutela normativa, esto porque a su parecer la protección legislativa del secreto bancario, más que una finalidad de orden privado, responde a una finalidad de orden público de protección del sistema crediticio, y agrega que en último término busca la protección de la economía nacional.

En otras ocasiones se ha establecido que si “en hipótesis”, el secreto bancario fuere abolido por vía general, esto comportaría una reducción en el giro de negocios de la hacienda de crédito.

Es importante una disminución de los depósitos, una masiva exportación de capitales a otros países en los cuales el secreto fuese tutelado, y una disminución de afluencia de capitales en el país, con la ulterior consecuencia de dañar la economía nacional y de



frustrar la finalidad que el Estado se ha propuesto de tutelar la recogida del ahorro y el ejercicio del crédito”²³

En España, el secreto bancario no estuvo propiamente regulado hasta el 22 de noviembre de 2002 en la 17ª disposición adicional, anteriormente a su regulación, el mismo se apoyaba en lo expuesto en el Artículo 1248 del Código Civil de España, el cual quedó derogado por la ley de enjuiciamiento civil.

El autor español Joaquín Garrigue, encuentra el fundamento del secreto bancario en su categoría de uso mercantil interpretativo. Señala que el fundamento hay que buscarlo en normas usuales de general vigencia y el fundamento de este uso bancario debe buscarse en el contrato bancario como una relación de confianza, para ello cita el Artículo 57 del Código de Comercio español, el cual establece: “Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe según los términos en que fueron hecho y redactados, sin tergiversas con interpretaciones y abreviaciones el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”.

En Francia, ha sido uno de los principales países en el desarrollo y aplicación del fundamento del secreto bancario en un secreto profesional, puesto que dentro de su legislación no se habla al respecto del secreto bancario (secret bancaire) sino del secreto profesional del banquero (secret professionnel du banquier). La antigua

²³ Vergara Blanco, Alejandro. **El secreto bancario sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia.** Pág. 41 y 42.



jurisprudencia francesa había admitido, inspirándose en el derecho romano que se podía censurar el testimonio de aquellos que debían guardar el secreto que les había sido confiado en el ejercicio de ciertas profesiones, hasta ese momento la revelación del secreto no era punible. Ello posteriormente sufrió ciertas modificaciones al tipificarse en el Artículo 378 del Código Penal francés el delito de revelación de secretos. Este delito solamente podía ser cometido por ciertas personas quienes por su estado, profesión o funciones hubieran conocido informaciones consideradas confidenciales. Así fue como Francia se convirtió en uno de los primeros países en extender el secreto profesional al secreto bancario. Dicha doctrina posteriormente se difundió a diferentes países de Europa y algunos de Hispano América, tales como Colombia y México.

En Suiza, desde 1934, los clientes de los diferentes bancos que operan en dicho país tienen la confidencialidad de sus movimientos financieros. Es por tal motivo que al calor del secreto bancario y la tradición bancaria de esta plaza ha florecido en Suiza una industria compuesta aproximadamente por unos trescientos doce bancos.

El modelo de negocio bancario que de tan buena salud ha gozado en Suiza durante décadas, parece estar tocando a su fin, en Zúrich y también en Berna, en la sede del gobierno, políticos y banqueros hablan ya del fin del secreto bancario como un hecho inevitable. Suiza es consciente de que las crisis financieras globales han despertado en los países afectados una renovada sed de impuestos y de gestos hacia los electorados desencantados. De que en varios países sonados escándalos de corrupción conducen hasta fortunas sin declarar en cuentas suizas; algo que aumenta constantemente la presión.



En Argentina, la Ley de Bancos de 1935 fue el primer ordenamiento legal que sobre la banca se promulgo en dicho país, el Artículo 14 de dicha ley establecía: “Las informaciones recogidas en los bancos por la inspección de bancos del Banco Central tendrá carácter estrictamente confidencial y no serán comunicadas a los miembros del directorio del Banco, con excepción del presidente, el que podrá informar al respecto al Directorio cuando lo juzgue conveniente”.

Con la sanción de la ley 18.061, se establece por primera vez una ley especial que recogiera al secreto bancario en forma integral, clara y expresa, adaptándose al conjunto de leyes extranjeras con idéntico tratamiento.

Posteriormente la ley 24. 144 en el Artículo 3 introduce una modificación al título del secreto bancario, puesto que derogó la tutela a las operaciones activas.

En el Artículo 39 de la Ley de Entidades Financieras, se establece la confidencialidad que deberá mantener el Banco Central con relación a las informaciones que reciba o recoja en ejercicio de sus funciones, referidas a las operaciones pasivas y las que publique y exija hacer públicas el Banco Central y la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias. En la literal d) del mismo Artículo se establece la voz “para casos especiales” en el entendimiento que será excepcional que una entidad requiera información respectiva sobre operaciones pasivas de sus clientes. Con dicha modificación se permite a las centrales de riesgos crediticios y de datos, proveer a las entidades del sistema la posición económica patrimonial con que cuenta un cliente dentro del sistema financiero.



4.6 Delito de intermediación financiera

4.6.1 Antecedentes históricos

El diccionario de la Real Academia Española define la palabra intermediación de la siguiente manera: que media entre dos o más personas y especialmente entre el productor y el consumidor de géneros o mercaderías y así se dice de los traficantes, acaparadores, proveedores, tenderos, tablajeros, etc.

La intermediación financiera es la intervención que realizan las instituciones nacionales de crédito, organismos auxiliares, instituciones nacionales de seguros y fianzas y demás entidades autorizadas legalmente para constituirse como medio de enlace entre el acreditante de un financiamiento y el acreditado, obteniendo una comisión por su labor al concertar los créditos en los mercados de dinero nacional o internacional.

El tratadista Sergio Rodríguez Azuero, define al intermediario como el que media entre dos o más personas para arreglar un negocio, por lo general entre vendedores y compradores a efecto de ajustar los contratos, especialmente de índole mercantil, en cuanto a la intermediación financiera establece: intermediarios financieros son los organismos o instituciones encargadas de captar los recursos de capital y transferirlos a los sectores productivos de la actividad económica. Por tanto puede establecerse que la intermediación financiera, consiste en la actividad financiera realizada por los bancos que operan dentro del sistema bancario nacional, misma que consiste en el hecho de captar dinero de una parte de la población para otorgar el mismo a otro sector de la población en calidad de préstamos, hecho que produce un beneficio lucrativo para las instituciones bancarias, que la realizan de manera regulada de conformidad con la ley.



La intermediación financiera apareció y floreció en diferentes regiones a medida que las actividades agrícolas y comerciales se fueron arraigando y generalizando en diferentes partes del mundo, a través del tiempo apareció la banca moderna con instituciones que ejercen la intermediación monetaria atendiendo a todo cliente que se acercara en su mayoría, a título individual. Otras industrias a parte de las netamente financieras, han dado origen a nuevos sistemas de concesión de créditos de transferencia de fondos y de uso de medios de pago. Durante la época colonial, en los Estados Unidos surgió el crédito para compras al detalle, como resultado de la escasez de circulante, pero no fue sino 200 años después que se introdujo el concepto de intermediación financiera y crédito.

En consecuencia, la actividad financiera regulada y conforme los parámetros legales, busca penalizar a aquellos que realizan esta actividad al margen del sistema financiero supervisado, sin la debida observancia de la autorización especial para las personas jurídicas obligadas que tienen la facultad normativa para realizar operaciones bancarias, financieras, bursátiles y todas aquellas relativas a su naturaleza correspondiente.

4.6.2 Regulación legal

En cuanto a la tipificación de dicho ilícito, en el Artículo 96 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros se establece lo referente al delito de intermediación financiera: comete delito de intermediación financiera toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera, que sin estar autorizada expresamente de conformidad con la presente ley o leyes específicas para realizar operaciones de tal naturaleza, efectúa habitualmente en



forma pública o privada, directa o indirectamente, por sí misma o en combinación con otra u otras personas individuales o jurídicas, en beneficio propio o de terceros, actividades que consistan en, o que se relacionen con, la captación de dinero del público o de cualquier instrumento representativo de dinero, ya sea mediante recepción de especies monetarias, cheques, depósitos, anticipos, mutuos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, incluyendo operaciones contingentes, destinando dichas captaciones a negocios de crédito o financiamiento de cualquier naturaleza, independientemente de la forma jurídica de formalización, instrumentación o registro contable de las operaciones. En el caso de personas jurídicas son responsables de este delito los administradores, gerentes, directores y representantes legales. El o los responsables de este delito serán sancionados con prisión de cinco a diez años inmutables, la cual excluye la aplicación de cualesquiera de las medidas sustitutivas contempladas en el Código Procesal Penal, y con una multa no menor de diez mil ni mayor de cien mil "unidades de multa", la cual también será impuesta por el tribunal competente del orden penal. Simultáneamente a la imposición de la multa indicada, dicho tribunal ordenará la cancelación de la patente de comercio de las personas individuales, así como la liquidación de las personas jurídicas a que se refiere el Artículo 96 conforme al procedimiento establecido en ley; en este último caso, una vez concluida su liquidación, ordenará al Registro Mercantil la cancelación de la inscripción respectiva.

4.7 Análisis de la confidencialidad de operaciones en Guatemala

En Guatemala existe la obligación por parte de los bancos y grupos financieros de divulgar al público información suficiente sobre actividades y su posición financiera,



precisa, correcta y oportunamente, ya que es un derecho de los cuenta habientes el poseer la misma. La confidencialidad de operaciones y secretividad discrecional de las mismas, regulado en el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 y sus reformas, Decreto 26-12, el cual limita a cualquier persona individual o jurídica, pública o privada, que tienda a revelar el carácter confidencial de la identidad de los depositantes de los bancos, instituciones financieras y empresas de un grupo financiero, es por ello que es necesario una reforma a dicho artículo en la ley antes mencionada, con el objeto de inspeccionar y fiscalizar a los grupos e instituciones financieras, así como a personas individuales, en las operaciones de carácter sumamente onerosas y a su vez sospechosas que los mismos puedan efectuar anómalamente.

La legislación guatemalteca, como ya se ha observado tiene muy bien regulada la obligación de los bancos y entidades financieras, de guardar la confidencialidad de los clientes, sean personas individuales o jurídicas, con la limitación de algunas entidades, a quienes en determinado momento se les podrá solicitar cierta información, siempre y cuando como lo establece la ley, sea mediante orden de juez competente.

Incluso la misma ley indica que cualquier violación a esta disposición será motivo de responsabilidades, tanto civiles como penales, en contra de cualquier entidad o persona que forme parte del sistema bancario o financiero, que viole esta regulación.

Con el tema del secreto bancario en Guatemala, han existido distintas posturas, en relación a si suprimir o no el mismo. Por muchos años el secreto bancario ha sido un



impedimento para la fiscalización de todos los contribuyentes, más que todo por parte de la Superintendencia Administración Tributaria –SAT-, ya que en la Ley de Bancos y Grupos Financieros, en ningún momento se menciona a esta, como una de las entidades que tengan la facultad de solicitar este tipo de información.

Derivado de todo esto, se requiere una excepción especial a la limitación que establece la norma, ya que al no contar con información oportuna, precisa y detallada por parte de la Superintendencia de Administración Tributaria y entidades especiales legalmente, el Estado no puede ser capaz de controlar estos flagelos como lo son la evasión fiscal, la corrupción y el enriquecimiento ilícito.

4.5.1 Ventajas y desventajas

El secreto bancario es una ley característica de los paraísos fiscales. Esta política obliga a los bancos y entidades financieras preservar la estricta confidencialidad a lo que información de clientes y usuarios respecta, tales como datos personales y económicos que incluyan números de cuentas y transacciones, depósitos y actividades administrativas o tributarias hacia terceros. La misma prohíbe hasta a la administración pública, poseer informaciones de este tipo. Si no se efectúan las respectivas normas que avala al secreto bancario, el estado está en total derecho de multar al banco o entidad financiera por incumplimiento, a menos que exista una orden judicial de por medio que exprese pruebas contundentes que revelen actos ilícitos como el narcotráfico, lavado de dinero, financiamientos de actos de terrorismo o casos de grave fraude ejercido por el cliente involucrado.



“Países como Suiza incluyen en su constitución y reglamento ejercer el secreto bancario. Entre sus principales ventajas tenemos: la protección de negocios y actividades legales, la privacidad de transacciones financieras, de identidad y propósitos monetarios. Pero la interrogante sigue siendo: ¿El secreto bancario es la principal herramienta para constituir la evasión fiscal y la corrupción? La respuesta sin duda ha manifestado una gran desventaja para las instituciones policiales ya que el secreto bancario se ha prestado durante muchos años para abrir puertas a actividades delictivas y fraudulentas, siendo cada vez más, una tarea difícil rastrear el caso por la opacidad de información”.²⁴

Los países que implementaban éste sistema eran los centros y por decirlo de alguna forma, los lugares perfectos para depositar y ocultar grandes sumas de dinero procedentes de actividades ilegales como el narcotráfico o el crimen organizado. Sin embargo como fue mencionado anteriormente, si se posee una orden judicial aprobada previamente por un tribunal, las autoridades policiales podrán disponer de los datos oficiales del usuario participante en los hechos.

Debido a las enormes consecuencias que el secreto bancario ha proporcionado en los últimos años, actualmente se han tomado medidas para forzar a los paraísos fiscales a disminuir el secreto bancario, de hecho se tuvieron que ver obligados a modificar su legislación para asentar a la transferencia de datos bancarios. Estas acciones fueron apoyadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)

²⁴ <http://trabajopersonal.com/ventajas-y-desventajas-del-secreto-bancario/> (Fecha de consulta 29/01/2016).

y el G-20 que partir del 2002 concurren a ser las principales entidades que también promovían el levantamiento del secreto bancario en prácticas delictivas y evasivas.

También, se puede mencionar que se reduce el riesgo de que inversionistas extranjeros retiren sus inversiones existentes por falta de transparencia, migrando hacia otros países que ya incluyan en normativa la liberación del secreto bancario. • Incremento de nuevas inversiones extranjeras y mayor acceso al financiamiento por parte de organismos internacionales.

La transparencia en las operaciones financieras, facilitando el acceso a créditos y financiamiento externo. También se reduce el riesgo que la OCDE, incorpore al país en lista gris, declarándolo Paraíso Fiscal y que para salir de esa lista, deba cumplir con una serie de requisitos e informes, así como condiciones adicionales que le impondría dicho ente. Constituye otra medida adicional de mitigación del riesgo de lavado de dinero u otros activos y financiamiento del terrorismo en el sistema financiero.

Todo esto puede crear inestabilidad en el sistema financiero, por una eventual pérdida de confianza de los cuentahabientes del sistema financiero. Puede dar origen al mal uso de la información de los cuentahabientes. Con efectos negativos como el incremento de los índices de criminalidad y deterioro de las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos.

Puede ser utilizada como herramienta de persecución política. Eventualmente puede dar lugar a la interposición de un recurso de inconstitucionalidad si la normativa a emitir no observa los principios constitucionales.



Es importante resaltar que esto generaba un problema, ya que se le tildaban a las naciones que ejercían la ley como países que elaboraban “prácticas fiscales dañinas”, en donde se les aplicaban sanciones a los países si no cumplían con la transparencia fiscal en tal caso que exista una intervención policiaca. Para que ésta intervención fuera exitosa los agentes policiales a cargo deben ratificar los datos personales del individuo en custodia, tales como el número de cuenta, además se deben aportar evidencias que prueben el delito fiscal o la actividad criminal, por último se debe mostrar la orden judicial que avale que la información solicitada no puede ser conseguida por otras vías de investigación.

Para Guatemala, es indispensable la emisión de un Decreto, que permita el acceso a información bancaria a la Superintendencia de Administración Tributaria, medida que implicará la reforma de una serie de normas relacionadas con la materia, principalmente la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Código Tributario y Código Penal; mismas que debe incluir los medios y herramientas para el fortalecimiento de las funciones de la Superintendencia de Administración Tributaria –SAT- en materia de fiscalización, así como el establecimiento de medidas de penalización para aquellas personas e instituciones que hagan mal uso de la confidencialidad de la información derivado de la liberación del Secreto Bancario.

Es importante que la Iniciativa que se encuentra en discusión en el Congreso de la República se le haga enmiendas para alcanzar los objetivos que se pretenden, ya que la propuesta de la Comisión de Economía y Finanzas le hizo modificaciones a la propuesta original del Ejecutivo.

Es importante que se suscriban todos los convenios de intercambio de información tributaria, requeridos bajo los estándares de la OCDE, así mismo como la aplicación de los mismos.

4.5.1 Órganos e instituciones facultadas legalmente para pedir información bancaria

Se pueden encontrar los siguientes:

- Superintendencia de Bancos
- Banco de Guatemala
- Ministerio Público

4.5 Proyecto de reforma al Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que el Estado de Guatemala se ha comprometido a través de instrumentos internacionales a la erradicación de corrupción y la falta de transparencia en las instituciones públicas y privadas.

CONSIDERANDO:

Que la confidencialidad de operaciones, regulada en la Ley de Bancos y Grupos Financieros, otorga la facilidad para encubrir operaciones financieras, ocultando en



origen de sus fondos y evadiendo a la administración tributaria impositiva ante sus obligaciones.

CONSIDERANDO:

Es para todos evidente la importancia de enfrentar adecuadamente las operaciones que realizan individuos al margen de la ley para intentar legitimar los recursos que obtienen de actividades ilícitas mediante figuras jurídicas.

CONSIDERANDO:

Que se deben establecer las medidas de transparencia adecuadas, de las personas jurídicas necesarias en los sistemas destinados a erradicar la evasión tributaria y el enriquecimiento ilícito, para dotar de herramientas necesarias a la administración tributaria y así transparentar el sistema financiero del país.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 171, literal a), de la Constitución Política de la República de Guatemala, se reforma el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, decreto 19-2002, el cual queda así:

ARTÍCULO 63. Confidencialidad de operaciones. Salvo las obligaciones y deberes establecidos por la normativa sobre lavado de dinero u otros activos, los directores, gerentes, representantes legales, funcionarios y empleados de los bancos, no podrán proporcionar información, bajo cualquier modalidad, a ninguna persona, individual o jurídica, pública o privada, que tienda a revelar el carácter confidencial de la identidad



de los depositantes de los bancos, instituciones financieras y empresas de un grupo financiero, así como las informaciones proporcionadas por los particulares a estas entidades. Se exceptúa de la limitación a que se refiere el párrafo anterior, la información que los bancos deban proporcionar a la Junta Monetaria, al Banco de Guatemala, Superintendencia de Bancos, así como a la Superintendencia de Administración Tributaria, esta última, en los casos que sea necesario y exista la grave sospecha de ilícitos cometidos en contra del acción fiscalizadora de la administración tributaria, incluyendo información que se intercambie entre bancos e instituciones financieras que puedan ser objeto de investigación. Los miembros de la Junta Monetaria y las autoridades, funcionarios y empleados del Banco de Guatemala, Superintendencia de Bancos y de la Superintendencia de Administración Tributaria, no podrán revelar la información a que se refiere el presente artículo, salvo que medie orden de juez competente. La infracción a lo indicado en el presente artículo será considerada como falta grave, y motivará la inmediata remoción de los que incurran en ella, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que de tal hecho se deriven.

Dado en el Palacio Legislativo, a los quince días del mes de junio del año dos mil dieciséis.-





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Se abordó el problema de la confidencialidad de operaciones en Guatemala, el enriquecimiento ilícito y la evasión fiscal, derivado del mal uso que algunas personas individuales y jurídicas hacen del mismo. Por otra parte, es importante resaltar que si dicha normativa no estaría vigente, cualquier persona podría solicitar en un banco, por ejemplo, información sobre los movimientos de las cuentas de una persona. Algunas excepciones al secreto bancario, se dan por la vía judicial, y para que la misma pueda prosperar, es necesario que se cumplan conjuntamente los requisitos establecidos en la ley.

La introducción del secreto bancario en muchos aspectos fue muy positiva, ya que garantizaba que los asuntos financieros de cada persona, estuvieran convenientemente protegidos. No obstante, también abría puertas a actividades delictivas o fraudulentas, las cuales resultaban más difíciles de combatir debido a la opacidad de las cuentas.

De todo lo expuesto se deduce que es necesario crear herramientas legales efectivas, para que estas fortalezcan a la administración tributaria para combatir el flagelo del enriquecimiento ilícito y la evasión fiscal que inciden de manera negativa en el Estado de Guatemala. Por lo tanto, se denota la necesidad de implementar una reforma dirigida al Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, creando un mecanismo que fortalezca la recaudación tributaria y apoye el funcionamiento de los ingresos fiscales en el sistema financiero nacional.





BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel. **Derecho bancario**. México, D.F. México: Ed. Porrúa, S.A. 1986.
- AGUILAR RODAS, Walter Vinicio. **Análisis jurídico y doctrinario de la evasión fiscal**. Tesis de grado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala, 2010.
- ARGERI, Saúl A. **Diccionario de derecho comercial y de la empresa**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea. Gráfica Minerva, 1982.
- BONFATTI, Mario. **Contratos bancarios**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot, 1993.
- CANAS MORENO, Carlos Rafael. **El secreto bancario**.
<http://elsecretobancario.blogspot.com/> (Consultado: 10/01/2016).
- CIFUENTES, Carlos. **Evasión tributaria**. Tesis de grado. Facultad de Ciencias Económicas. Universidad de San Carlos de Guatemala, 1982.
- GREGO, Paolo. **Curso de derecho bancario**. México, D.F. México: Ed. Jus, 1945.
http://avisoralavadodenedinero_blanqueodedienro02.ht. (Consultado: 12/01/2016).
<http://www.banguat.gob.gt/inc/ver.asp?id=/info/historica&>. (Consultado: 25/01/2016).
<http://blogs.worldbank.org/voices/es/c-mo-la-corrupci-n-y-la-evasi-n-de-impuestosaltera>
(Consultado: 20/01/2016).
<http://www.sat.gob.gt>. (Consultado: 16/01/2016).
<http://trabajoypersonal.com/ventajas-y-desventajas-del-secreto-bancario/>. (Consultado: 29/01/2016).
- LAMAGRANDE, Alfredo. **Recomendaciones propuestas para reducir la evasión fiscal**. **Boletín DGI**. Núm. 457. (s.l.i.): (s.Ed.), (sf.)
- LÓPEZ RIVAS, Jaime Rubén. **El secreto bancario en la legislación guatemalteca**. Tesis de grado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala, 1997.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. **Curso de derecho político**. 3ra ed. Madrid, España: Ed. Tecnos, 1976.



- MARTÍNEZ GÁLVEZ, Arturo. **Derecho bancario**. Vol. I. Guatemala, Guatemala: Ed. Vile, 1987.
- MARTÍNEZ, GÁLVEZ Arturo. **Las crisis financieras y la supervisión**. Vol. I. Guatemala, Guatemala: Ed. Vile, 2000.
- MARTÍNEZ, GÁLVEZ Arturo. **El secreto bancario en la nueva ley de bancos y grupos financieros**. Vol I. Guatemala, Guatemala: Ed. Vile, 2003.
- MATUS BENAVENTE, Manuel. **Finanzas públicas**. Santiago de Chile, Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1952.
- OROZCO DE TRIANA, Alba Lucía. **Tecnología aplicada para combatir la evasión fiscal**. Buenos Aires, Argentina: (s.Ed.), 1983.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. 28ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2001.
- RIVEIRO GONZALEZ, Milton Roberto Estuardo. **La incidencia negativa del lavado de dinero en el secreto bancario guatemalteco**. Tesis de grado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala, 2007.
- SAMPAIO DORIA, Antonio R. **V Asamblea General del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias**. Río de Janeiro, Brasil: (s.Ed.) 1971.
- SUPERVIELLE Saavedra, Bernardo. **El depósito bancario**. Montevideo, Uruguay: Ed. Imprenta M. Bianchi Altuna, 1960.
- VERGARA BLANCO, Alejandro. **El secreto bancario sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia**. Santiago de Chile, Chile: Ed. Jurídica de Chile. 1990.
- VIZCENSO, Alfonso Visco. **Hacienda pública española, reforma tributaria y evasión fiscal en Italia**. Roma, Italia: (s.Ed.), 1979.

Legislación:

- Constitución Política de la República de Guatemala**, Asamblea Nacional Constituyente, 1986.
- Código de Comercio**. Decreto 2-70 del Congreso de la República Guatemala, 1970.
- Código Penal**. Decreto 17-73 del Congreso de la República Guatemala, 1973.



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