

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



**ANÁLISIS JURÍDICO-DOCTRINARIO DEL ARTÍCULO 63, DE LA LEY DE
BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS**

CAROLG DENISSE HERNÁNDEZ DE LEÓN

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2016

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

**ANÁLISIS JURÍDICO-DOCTRINARIO DEL ARTÍCULO 63, DE LA LEY DE BANCOS
Y GRUPOS FINANCIEROS**



ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, octubre 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.	Adolfo Vinicio García Méndez
Secretario:	Licda.	Dilia Agustina Estrada García
Vocal:	Licda.	Ninfa Lidia Cruz Oliva

SEGUNDA FASE

Presidente:	Lic.	Jorge Eduardo Avilés Salazar
Secretario:	Lic.	Raúl Archila Méndez
Vocal:	Lic.	Luis Enrique Villela

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).



Guatemala, 21 de mayo de 2014

Licenciado Bonerge Mejía Orellana
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, zona 12, ciudad



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

En atención a providencia de esa Dirección, de fecha tres de julio de dos mil trece, se me nombra asesor de Tesis de la señorita estudiante CAROLG DENISSE HERNÁNDEZ DE LEÓN, quien se identifica con el carné estudiantil 200815661, y en su momento proceder a emitir el Dictamen correspondiente, por lo que habiendo asesorada el trabajo encomendado y de conformidad con lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

1. Que el trabajo de tesis se intitula "ANÁLISIS JURÍDICO-DOCTRINARIO DEL ARTÍCULO 63, DE LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS".
2. Inmediatamente que recibí el nombramiento y se estableció comunicación con la señorita estudiante CAROLG DENISSE HERNANDEZ DE LEON, procedí a efectuar la revisión de los planes de investigación y de tesis, los que se encontraban congruentes con el tema a investigar y en consenso con la ponente del tema, se decidió sobre manera de elaborarlo y no se modificó el título del tema.
3. Que durante la elaboración del trabajo de tesis realice la revisión de la investigación y sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, la señorita estudiante CAROLG DENISSE HERNÁNDEZ DE LEÓN con empeño y atención cuidadosa desarrolló cada uno de los temas que comprenden el trabajo de tesis de manera acuciosa, el trabajo tiene un amplio contenido científico, utilizando la ponente un lenguaje altamente técnico acorde al tema desarrollado; la ponente hizo uso en forma amplia del método científico, abarcando las etapas del mismo, ya que al plantear el problema lo enfoca a la realidad jurídica, en este

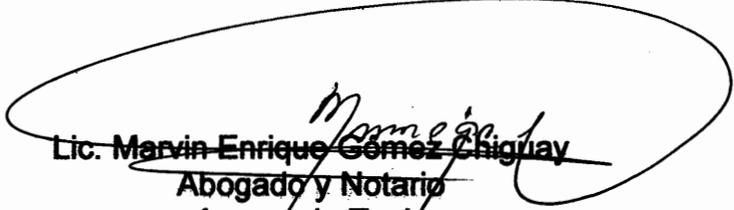
caso principalmente sobre el crimen organizado y el lavado del dinero que se da día a día por la figura del secreto bancario, la cual se encuentra muy poco profundizada en nuestra legislación, lo que hace que Guatemala se considere un paraíso fiscal y un contribuyente al lavado de dinero, haciendo un análisis a casos concretos sobre esta problemática, así como proponiendo soluciones al conflicto; y para ello profundiza la ponente de una manera exhaustiva su investigación, así mismo comprueba fehacientemente la hipótesis planteada, utilizando en su investigación los métodos deductivo e inductivo, el método analítico, sintetizando de buena manera lo analizado. La sustentante utilizó la técnica de investigación bibliográfica, comprobando que se hizo acopio de bibliografía actualizada.

4. El presente trabajo de tesis es un esfuerzo meritorio y será una excelente fuente de consulta para el futuro sobre todo para los señores profesionales del Derecho ya que es un tema de actualidad, lo que refleja en las conclusiones al tema, por lo que se ha cumplido con lo que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público. En virtud de lo anterior me es grato;

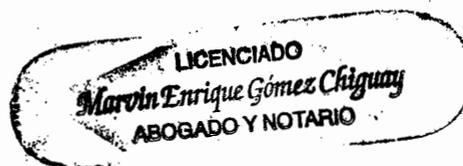
DICTAMINAR:

Que el trabajo de tesis de la señorita estudiante CAROLG DENISSE HERNÁNDEZ DE LEÓN, ES APROBADO, ya que reúne los requisitos reglamentarios para ser discutida en el examen público de tesis, previo dictamen del señor revisor.

Sin otro particular, me suscribo respetuosamente,



Lic. Marvin Enrique Gómez Chiguay
Abogado y Notario
Asesor de Tesis
Colegiado. 8, 443





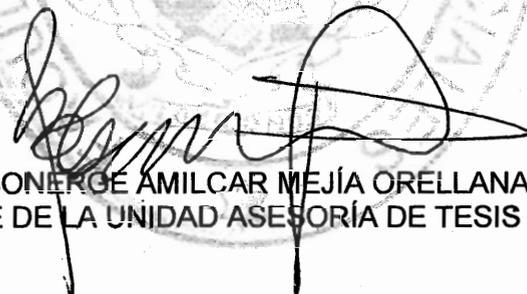
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 30 de junio de 2015.

Atentamente, pase a el LICENCIADO VIELMAR BERNAÚ HERNÁNDEZ LEMUS , para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante CAROLG DENISSE HERNÁNDEZ DE LEÓN, intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO-DOCTRINARIO DEL ARTÍCULO 63, DE LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS".

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


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

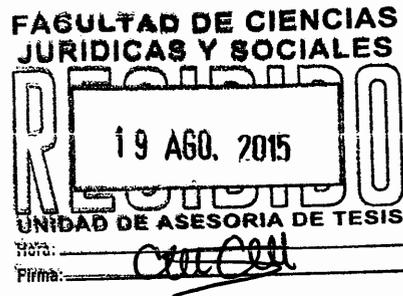
cc.Unidad de Tesis
BAMO/srrs.



Guatemala, 08 de julio de 2015



Doctor
Bonerge Mejía Orellana
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, zona 12, ciudad



Doctor Bonerge Mejía:

En cumplimiento a la resolución emitida por esa Unidad de Tesis, en donde se me nombra como revisor de tesis de la bachiller CAROLG DENISSE HERNÁNDEZ DE LEÓN, intitulada "ANÁLISIS JURÍDICO-DOCTRINARIO DEL ARTÍCULO 63, DE LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS", y de conformidad con el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen General Público, procedí a revisarla y manifesté lo siguiente:

El contenido del trabajo de investigación en materia penal se refiere al análisis jurídico sobre la figura del secreto bancario y sus diferentes repercusiones, como lo son los delitos derivados de la figura a analizar. La bachiller Carolg Denisse Hernández de León, es clara en su investigación al analizar de una manera detallada el tema que es objeto del presente trabajo, así como las reformas a adoptar como propias en nuestra legislación, así mismo menciona la doctrina sugerida con respecto a las repercusiones que trae y el mayor problema que surge como lo es el crimen organizado, temas que son de utilidad para que se logre brindar un mejor control en cuanto a la intermediación financiera y su repercusión en el ámbito penal.

He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción que consideré necesarias para mejor comprensión del tema, las cuales fueron debidamente atendidas por la bachiller Hernández de León.

La ponente durante la elaboración se apegó a lo que instruye el artículo 32 del Normativo, de igual manera el contenido de la tesis denota una redacción técnica; la ponente usa las etapas del conocimiento científico, apoyándose fundamentalmente en la legislación en materia penal, el problema es de índole penal cuyo planteamiento en la actualidad y la abundante información recolectada por la bachiller CAROLG DENISSE HERNÁNDEZ DE LEÓN, fue de gran apoyo en su investigación.



En la estructura de la tesis se aprecia el uso de un lenguaje altamente técnico acorde al tema desarrollado; se parecía la utilización de los métodos científicos, el deductivo, inductivo, analítico, sintético y la utilización de información con bibliografía actualizada; las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla.

Por tal motivo, considero que el trabajo en referencia llena los requisitos de forma y de fondo exigidos en el artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, estimando que el mismo puede ser aprobado, por lo que emito el presente dictamen favorable.

Atentamente,

LIC. VIELMAR BERNAÚ HERNÁNDEZ LEMUS
REVISOR DE TESIS
COLEGIADO NO. 7, 997
TEL: 3020-5916

LIC. VIELMAR BERNAÚ HERNÁNDEZ LEMUS
ABOGADO Y NOTARIO



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

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante CAROLG DENISSE HERNÁNDEZ DE LEÓN, titulado ANÁLISIS JURÍDICO-DOCTRINARIO DEL ARTÍCULO 63, DE LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS. 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.

[Handwritten signatures and official stamps]

The block contains two handwritten signatures and two official circular stamps. The top stamp is from the 'SECRETARIA' (Secretary) of the Faculty of Law and Social Sciences, University of San Carlos of Guatemala, Guatemala, C.A. The bottom stamp is from the 'DECANATO' (Dean's Office) of the same faculty and university. The signatures are written in black ink over the stamps.



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por haberme brindado la sabiduría, valentía y guiado lo largo de carrera por ser mi fortaleza en los momentos de debilidad y brindarme una vida llena de aprendizajes, experiencias y sobre todo felicidad.
- A MI MADRE:** Maira de León por su incondicional apoyo y porque en su constante insistencia me ayudo a culminar las metas trazadas.
- MI HERMANA:** Karla de León por ser la célula pluripotente de mi vida y darme apoyo en todo momento así como su valiosa atención.
- MI ABUELA:** Carmen García por ser una ayuda incondicional en todo momento, por sus cuidados brindados desde que era una niña y sus valiosos consejos.
- MIS TÍOS:** Zoila de León y Erick Morales por ser como mis padres por todo el apoyo y paciencia brindada.
- AL LIC. SERGIO GAROZ:** Por brindarme su cariño, apoyo moral y académico, que fue de gran importancia para la culminación de este proyecto tan importante para mí.
- MI PRIMO:** Pablo Morales por presionarme a que logre mis metas y por soportar el mal genio de los días difíciles.
- MIS AMIGOS:** Ana Sierra, Walter Ortiz, Libni Luna, Kevin De León "Coby" y a todos los presentes que sin mencionarlos les doy gracias por su cariño y apoyo a lo largo de mi carrera universitaria.
- A:** La gloriosa tricentenaria UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA y en especial a la FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES por la formación académica y profesional siendo la base e inspiración de mi futuro.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....i

CAPÍTULO I

1. El secreto bancario.....	1
1.1. Breves antecedentes.....	1
1.2. Naturaleza jurídica.....	3
1.3. Definiciones.....	7
1.4. Elementos.....	8
1.5. Regulación del secreto bancario.....	10
1.5.1. Constitución Política de la República de Guatemala.....	10
1.5.2. Código Penal.....	11
1.5.3. Ley Orgánica del Banco de Guatemala.....	12
1.5.4. Código Procesal Civil y Mercantil.....	12
1.5.5. Código Procesal Penal.....	13
1.6. La evasión fiscal como consecuencia de la protección que brinda el secreto bancario.....	14
1.7. Factor de presión internacional.....	20
1.7.1. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE-.....	20
1.7.2. Definición y función de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.....	21
1.7.2.1. Definición.....	21

1.7.2.2. Breves antecedentes.....	21
1.7.2.3. Objetivos.....	22
1.7.2.4. Conducción del trabajo de la OCDE.....	23
1.7.2.5. Estados miembros.....	23
1.8. Razones por las cuales se considera a Guatemala un paraíso fiscal.....	31
1.9. Repercusiones en que Guatemala puede incurrir, por ser un Estado no Cooperante con la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico...	32

CAPÍTULO II

2. El desarrollo del secreto bancario.....	33
2.1. La delincuencia organizada.....	33
2.1.1. Breves antecedentes.....	33
2.1.2. Definiciones.....	36
2.1.3. Naturaleza jurídica del crimen organizado.....	39
2.2. El derecho bancario.....	43
2.2.1. Breves antecedentes.....	43
2.2.2. Definición de derecho bancario.....	53
2.2.3. Características del derecho bancario.....	53
2.2.4. Características del sistema bancario.....	54
2.2.5. Clasificación de la banca y otras instituciones financieras.....	56
2.2.6. Instituciones del sistema bancario.....	58
2.2.7. Objetivos del sistema bancario.....	59
2.2.8. Instituciones que lo regulan.....	60

CAPÍTULO III

3. El delito de lavado de dinero u otros activos.....	63
3.1. Aspectos considerativos.....	63
3.2. La Ley de Lavado de Dinero u Otros Activos.....	68
3.3. La función de la Intendencia de Verificación Especial.....	69
3.4. Medios de control utilizados por la Intendencia de Verificación Especial para erradicar el lavado de dinero u otros activos.....	71
3.5. Lo que sucede en la legislación comparada respecto al lavado de dinero y el secreto bancario.....	72
3.5.1. República de Chile.....	72
3.5.2. República de México.....	76
3.5.3. República de Suiza.....	80

CAPÍTULO IV

4. Los conflictos del secreto bancario.....	93
4.1. Contradicciones entre el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros y la Ley Contra el Lavado de Dinero u otros activos.....	93
4.2. Lavado de capitales por falta de justificación de la tenencia del dinero.....	95

CAPÍTULO V

5. Las soluciones a la problemática del secreto bancario.....	103
5.1. Análisis de procesos y entrevistas.....	103
5.2. Jurisprudencia y análisis de la Corte de Constitucionalidad.....	107
5.2.1. Primer caso.....	109



Pág.

5.2.2. Segundo caso.....	116
5.3. La solución a la problemática planteada.....	125
5.3.1. Reforma al Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros a través de la entrada en vigencia de la iniciativa de Ley 4178 del Congreso de la República.....	125
5.3.2. La creación de una comisión especial que se dedique a velar por el debido cumplimiento de las normas que regula el secreto bancario, bajo la supervisión del Organismo Judicial.....	129
CONCLUSIONES.....	139
RECOMENDACIONES.....	141
BIBLIOGRAFÍA.....	143



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se elabora no solo con el propósito de dar cumplimiento a uno de los requisitos que se exigen en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, previo a optar al grado académico de Licenciatura y los títulos profesionales de Abogada y Notaria, sino también por el interés que evidenció en quien escribe acerca del crimen organizado y las consecuencias de ello, partiendo del análisis de la Constitución Política de la República de Guatemala, respecto al secreto bancario y que se ha constituido en un escudo de estos grupos organizados que ha sido aprovechado para cometer hechos reñidos con la ley. Es evidente de que el Estado debe garantizar entre otros, la confidencialidad e inviolabilidad de las operaciones de los particulares en los bancos e instituciones financieras en general, es decir, todas las operaciones crediticias (ahorros, préstamos, depósitos regulares, transferencias, etcétera), sin embargo, también tiene la obligación de combatir el crimen organizado en resguardo y protección de la misma sociedad.

Además, se debe considerar el hecho de que tal y como se encuentra regulado una serie de principios de la Constitución Política de la República de Guatemala, esta no reconoce derechos absolutos y, por tanto, en la mayoría de sus normas se dispone excepciones a esa regla, y en el caso del secreto bancario, por ejemplo, dispone que solo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez



competente y con las formalidades legales, lo que supone el respeto de los derechos de defensa y al debido proceso, lo cual es positivo.

De acuerdo a lo anterior, se ha establecido que los jueces son los únicos que pueden ordenar que se revisen las cuentas bancarias de las personas, como consecuencia de la existencia de una infracción legal concreta y acreditable dentro de un verdadero proceso legal, y derivado de ello, se han analizado iniciativas de ley que pretenden entre otras cosas, regular esta materia en función del combate al crimen organizado y que por lo tanto, a través de la presente investigación se considera viable.

Se establece por lo tanto, que derivado de la forma como se encuentra establecido el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, provoca que se incurra en ilícitos como el lavado de dinero y que lesione derechos fundamentales de la mayoría, y en atención a los alcances de la interpretación del Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se hará un análisis de la iniciativa de ley que se encuentra contenida en la número 4178 del Congreso de la República que pretende entre otras cosas, eliminar el secreto bancario cuando fuere necesario en virtud de orden de juez y propiciar los cambios legislativos indispensables para la transparencia y legalidad de las transacciones bancarias de gran volumen.

Por lo cual en el primer capítulo, se abordaran los temas como el secreto bancario, así como una breve reseña histórica del mismo, su definición, elementos y naturaleza jurídica del mismo. En el segundo capítulo, se tratara sobre la delincuencia organizada, su definición, la clasificación de la banca y otras instituciones financiera y las



instituciones que la regulan. En el tercer capítulo estudiaremos el delito de lavado de dinero y otros activos, la función de la Intendencia de Verificación Especial, así como una breve reseña sobre legislación comparada, acerca de este delito y las principales leyes que lo regulan en Latinoamérica. En el capítulo cuarto, se tratarán los conflictos del secreto bancario y del lavado de capitales por falta de justificación de la tenencia del dinero. Por último en el capítulo quinto citaremos casos concretos sobre la materia de lavado de dinero y otros activos.



CAPÍTULO I

1. El secreto bancario

1.1. Breves antecedentes

Al analizar los antecedentes de lo que en la actualidad se conoce como secreto bancario, conviene hacer una reflexión respecto a como podría interpretarse en la época antigua. El secreto bancario como tal parte de lo que se ha conocido a través de los tiempos como secreto profesional y la actividad que se realizan por parte de los profesionales, especialmente de la medicina. Sin embargo, desde los inicios de la historia, como lo han dicho varios autores “el ser humano desde épocas remotas ha mostrado una gran inclinación hacia lo secreto, o hacia lo oculto, es decir, siempre ha mostrado un gran interés por las cosas que no conoce por un lado, por el otro, procura ser un propiciador de ese secreto”.¹

“El hombre por naturaleza guarda o reserva algo de su ser para si mismo, no lo comunica sino a sus seres más allegados o incluso ni a ellos, lo conserva como un tesoro, de esto se infiere que el secreto o sigilo, es el conocimiento que determinada persona tiene de una propiedad, innovación científica y tecnológica y de las ciencias, cosas o noticias, que no desea o debe revelar”.² No se ha establecido a ciencia cierta y en forma concreta la descripción de los antecedentes del secreto bancario tanto a nivel

¹ AZAUESTRE FERNÁNDEZ, María José. **El secreto bancario**. Págs. 3 a la 5.

² FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Manual de derecho penal especial**. Pág. 364.



internacional como nacional, sino que existen aspectos importantes que se han recogido que conllevan el determinar como surge el denominado secreto, el secreto profesional y para efectos de este trabajo, en especial lo que se conoce como secreto bancario.

Dentro de los aspectos históricos y evolutivos acerca de ello, se puede señalar los siguientes:

- a. El hombre busca tener acceso a lo secreto en función del mismo. “La humanidad ha logrado realizar grandes descubrimientos inventos científicos, tales como objetivos aeroespaciales, bancos de datos, sistemas computarizados altamente revolucionados capaces de operar toda una red de operaciones a un mismo tiempo cuyas características de operación son viables por medio de dispositivos de control desde terminales remotas, etc”.³

- b. Se ha dicho también que “no cabe duda que el saber proporciona poder, el que sabe las cosas o tiene acceso a información que los demás desarrollan genera posibilidades de poder, pues toda esa gama tecnológica y científica obviamente es capaz de tener el control de toda una nación (Secretos de Estado) controlados especialmente a través del campo de la informativa, en un contexto más específico no es de extrañar que determinada persona o individuo quiera mantener sus depósitos o bien realizar operaciones de confianza con la banca como algo muy

³ FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Ob. Cit.** Pág. 364.

reservado y que, a la vez, haya terceros que quieran conocer de esos depósitos u operaciones de confianza⁴.

- c. Como su nombre lo indica, el secreto constituye un status que ha tenido una dedicatoria especial cuando se analiza formalmente el hecho de su creación por parte de los constituyentes en el año de mil novecientos ochenta y cinco en la Constitución Política de la República de Guatemala que cobró vigencia en enero del año mil novecientos ochenta y seis, para amparar posibles actos fraudulentos que se puedan cometer, como por ejemplo, el no pago de impuestos dentro de una cúpula de poder, como lo conforma el sector privado. Aparte de ello, también se dice lo contrario, que amparando a los grupos de poder económico, se crea la normativa que permite asegurar lo que hoy por hoy se denomina secreto bancario.
- d. También se ha dicho que este status se ha creado con el propósito de proteger a los ciudadanos de los criminales al enterarse el dinero o dineros que tienen en los bancos o en financieras y poder ser objeto de actos ilícitos.

1.2. Naturaleza jurídica

De acuerdo a la historia respecto al surgimiento de la institución del secreto bancario, por un lado, se ha establecido en la doctrina que se entiende al mismo como una modalidad del secreto profesional, pues "Se trata de personas que por cumplir

⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Ob. Cit.* Pág. 365.

funciones o desarrollar actividades que son necesarias en la vida social y que exigen confianza en quien se sirve de ellas, se encuentran en condiciones de recibir y guardar los secretos de terceros”.⁵

El secreto profesional se considera como un medio importante generador de confianza entre el usuario de un servicio y el profesional dedicado a su atención, especialmente en el caso de los médicos, y el cual otorga un sentido confidencial a la consulta realizada a personas que se desempeñan en ciertas labores, donde el manejo del flujo informativo generado a raíz del trabajo desempeñado pudiera lesionar la privacidad de aquellos que requieren de sus servicios. Un ejemplo claro en el orden de la medicina, puede ser el hecho de que una persona presente enfermedades graves, como el VIH Sida, y que no puede ser divulgado públicamente en perjuicio de quien lo padece.

Ahora bien, en el caso específico del secreto bancario, se ha escrito mucho, a pesar de que la corriente que más ha gozado de aceptación es la similitud, como se dijo antes, del secreto bancario a un secreto profesional y por ese motivo se protege constitucional y ordinariamente, como sucede en el caso de la legislación guatemalteca, por los motivos ya enunciados arriba.

Ha sido tradicional entre algunos autores la preocupación por buscar el fundamento jurídico del deber de discreción en el caso de los bancos. “Hasta 1984 las teorías que

⁵ AZAUESTRE FERNÁNDEZ, María José. *Ob. Cit.* Pág. 65.

ha manejado en la doctrina para explicar el fundamento de la institución se han señalado a las siguientes:

- a) Teoría del uso: Para sus partidarios, el secreto bancario reúne los elementos necesarios para que el uso adquiriera la condición de costumbre: se trata de una práctica de larga duración, nacida a partir de las cláusulas contenidas en los estatutos de los Bancos por las que éstos se obligaban a guardar secreto, existiendo en la conciencia colectiva convicción sobre su obligatoriedad. Pero aunque efectivamente con el paso de los años y la reiteración de conductas el secreto bancario se haya plasmado en un uso mercantil (y en determinados ordenamientos, aunque no en todos, en normas de carácter legal) a nuestro juicio la teoría no explica suficientemente la razón de ser de ese deber de secreto. Y así, sus propios partidarios acuden, a su vez, a una especie de fundamentación de segundo grado, como las relaciones de confianza.

- b) Teoría de la ley: Conforme a esta teoría, el secreto bancario constituye una obligación jurídica cuyo fundamento radica en una disposición legal en sentido material. De acuerdo con esta idea, los autores han buscado el precepto de derecho positivo que ampararía el secreto bancario a nivel de la Constitución, y esto implica razones fundamentales o esenciales dentro de un Estado de derecho.

- c) Teoría del contrato: Afirma esta teoría que el secreto bancario es un deber jurídico que se integra en el contrato suscrito aplicándose normativas como el Código de Comercio de Guatemala y el Código Civil, al ser conforme a la buena fe y al uso

que el banquero guarde discreción en sus relaciones comerciales con los clientes. En realidad, casi todos los autores consultados que se han ocupado de la fundamentación del secreto bancario coinciden en criticar este argumento, esencialmente porque no explica el porqué de la obligación de secreto en aquellos casos en los que entre cliente y Banco no se ha llegado a la conclusión de un contrato (por ejemplo, datos proporcionados al solicitar un préstamo, presentación de la declaración, etc.).

- d) Teoría de la responsabilidad extracontractual: El secreto bancario sería el fruto de la responsabilidad extracontractual del banquero. Tampoco esta teoría cuenta con defensores en nuestro país; en efecto, se ha destacado que el argumento no atiende al fundamento último del secreto bancario, sino a las consecuencias de su violación, cifrándolas en la responsabilidad extracontractual. Por otro lado, pueden existir supuestos en los que en el articulado contractual se haya fijado la obligación de secreto, privando a las consecuencias que dimanen del incumplimiento de la condición de responsabilidad extracontractual. El supuesto de pactar expresamente en el contrato la obligación de guardar el secreto bancario, si bien era prácticamente impensable hasta hace poco tiempo, puede comenzar a plantearse, en cambio, a partir del desarrollo de las técnicas de banca electrónica”.⁶

⁶ AZAUESTRE FERNÁNDEZ, María José. *Ob. Cit.* Pág. 98.

En resumen, se puede decir que el secreto bancario es una figura que esta respaldada jurídica y constitucionalmente, así también por regulaciones de orden civil, penal y mercantil, doctrinarios reglamentarios, y por normas relacionadas con la ética profesional, y por ello, esta considerado como una figura jurídica.

1.3. Definiciones

Para analizar las definiciones de secreto bancario, primero se partirá del primer concepto. De acuerdo a Azaestre Fernández, se define como secreto “lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto. Conocimiento que exclusivamente alguno posee en virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte, profesión u oficio”.⁷

Carlos Fontán Balestra, indica al respecto que “secreto debe interpretarse como un hecho no conocido en general y sobre cuya reserva recaiga el interés expreso o presunto de la persona, la condición secreta de un conocimiento no depende de su naturaleza ni de la materia sobre la cual verse, sino del interés legítimo que alguien pueda tener en que aquel conocimiento no se revele ni se divulgue”.⁸ El secreto bancario “es aquella facultad que posee una entidad financiera, frente las administraciones públicas, de no revelar los datos bancarios e información privada de sus clientes”.⁹

⁷ AZAUESTRE FERNÁNDEZ, María José. *Ob. Cit.* Pág. 102.

⁸ FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Ob. Cit.* Pág. 364.

⁹ www.wikipedia.com.html. Día de consulta: 4-9-2015.

El secreto bancario consiste en la protección que los bancos e instituciones financieras deben otorgar a la información relativa a los depósitos y captaciones de cualquier naturaleza, que reciban de sus clientes. Se entiende que esta información es parte de la privacidad de los clientes del sistema financiero. Si no existiera esta norma, cualquier persona podría solicitar en un banco, por ejemplo, información sobre los movimientos de las cuentas de una persona.

El secreto bancario resulta ser un instituto jurídico de amplio alcance, el cual forma parte de un conglomerado de mecanismos jurídicos que constituyen un sector de la intermediación financiera, tal y como se ha enfatizado, y al establecer la ley que la intermediación financiera es una actividad que debe ser reglada por el Estado, esto significa a su vez que, en igual sentido, el secreto bancario debe ser parte de dicho interés estatal.

1.4. Elementos

Los elementos de la figura del secreto bancario surgen precisamente de sus propias definiciones, es por ello, que los elementos fundamentales son:

Al encontrarse regulado constitucional y ordinariamente, representa un deber jurídicamente exigible, pues la observancia del mismo constituye un deber de alguien a favor de otra persona en cuya confidencialidad y en atención a su profesionalismo y/o especialización, se ha depositado ineludiblemente un secreto, sea de su cliente o



patrono, además decimos que es jurídicamente exigible porque hay normas jurídicas que obligan a estos profesionales a cumplir con es deber de guardar el secreto profesional, existiendo normas jurídicas, que confirman el hecho de que el secreto profesional, tiene esa característica de ser jurídicamente exigible.

La revelación directa e indirecta en relación al secreto profesional y en general, a cualquier secreto. En el primer caso se da cuando la persona que conoce el secreto, lo comunica sin mediación de nadie a otra persona por cualquier medio, pudiendo suceder esto por impresión, es decir cuando estando en poder de determina persona el secreto es conocido por otro por falta de previsión en la forma de conservar el mismo, por descuido, cuando por la ligereza del que conoce el secreto lo revela a otro, con intención, sucede cuando se revela el secreto con toda la intención que sea conocido agregándole además el deseo de causar mal, generalmente esto sucede sin presiones de cualquier naturaleza, por fuerza o violencia, aquí existe la intención de revelar el secreto, pero generalmente desaparece el deseo de causar mal, y concurren las presiones que pueden surgir de la sospecha fundada de que el presionado conoce el secreto. En el segundo caso, o sea en la revelación indirecta, se da cuando no se hace directamente a la persona que esta interesada en conocer el secreto.

Tanto la revelación directa como indirecta, son elementos del concepto de secreto profesional, pues son consecuencia directa de la actitud de reserva que el conocedor del secreto debe tener a fin de evitar que se den las situaciones antes mencionadas.

“Parte del conocimiento de hechos, pues a partir del conocimiento que una persona tenga de determinados hechos o del acontecimiento de hechos, sean estos de diversa índole, químicos, médicos, farmacéuticos, bancarios, etc. se constituyen en el fundamento y contenido del secreto profesional, ya que es el conocimiento de los mismos el que debe guardarse en secreto por el profesional”.¹⁰

1.5. Regulación del secreto bancario

1.5.1. Constitución Política de la República de Guatemala

No cabe duda que esta figura jurídica se encuentra respaldada constitucionalmente, y se encuentra dentro de los derechos y garantías que el Estado debe proteger a la intimidad que en el Capítulo I de derechos individuales, se establece en el Artículo 24: “Inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros: la correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables. Solo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales, se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna.”

Se ha escrito mucho acerca de las razones que motivaron a los constituyentes a crear esa norma en protección de una clase poderosa de la sociedad que ha existido durante

¹⁰ AZAUESTRE FERNÁNDEZ, María José. Ob. Cit. Pág. 115.



mucho tiempo y que en la actualidad existe, como lo son los que pertenecen al sistema bancario nacional, sin embargo, alcanza a los particulares, cuando se analiza que existen ciertas limitaciones para que cualquier persona conozca de los bienes que pudieran tener otros particulares en los bancos, y eso realmente es positivo, pues si se compara con lo que sucede en la actualidad, la situación pudiera ser distinta si se analiza lo que esta sucediendo con las extorsiones a comerciantes, pilotos, etc., en donde los delincuentes suponen que tienen dinero para poder ser entregado en forma ilícita como lo hacen, y que si existiere la posibilidad de que cualquier persona tenga acceso a las cuentas bancarias, por ejemplo, la situación pudiera ser muy diferente.

1.5.2. Código Penal

El legislador ha ubicado en este cuerpo normativo la institución, en donde los delincuentes suponen que tienen dinero para poder ser entregado. El Artículo 223 del Código Penal establece: “Revelación de secreto profesional. Quien, sin justa causa, revelare o empleare en provecho propio o ajeno un secreto del que se ha enterado por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, sin que con ello ocasionare o pudiere ocasionar perjuicio, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa.”

Conviene hacer la reflexión al respecto de la normativa, y se debe decir que no existen en los últimos años alguna denuncia por parte de algún particular en contra de algún profesional que en apariencia hubiere cometido este tipo de delitos.



1.5.3. Ley Orgánica del Banco de Guatemala

Se encuentra contenida en el Decreto Legislativo número 16-2002; en el Artículo 49 establece la confidencialidad de las informaciones de particulares obtenidas por la Superintendencia de Bancos, en el ejercicio de sus funciones, por considerarse datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia. Hace la salvedad en el caso que exista una orden de juez competente.

La norma tiene correspondencia con el Artículo 24 de la Constitución Política de la Republica de Guatemala pues, es evidente que no existen derechos absolutos, y que existen excepciones, como sucede en el presente caso.

1.5.4. Código Procesal Civil y Mercantil

Existen aspectos importantes a considerar derivado del secreto bancario o profesional contenido en esta ley y un ejemplo de ello, es lo que se establece el Artículo 183 en donde se regula que el juez, de oficio o a solicitud de parte puede pedir a cualquier oficina publica o institución bancaria, las informaciones escritas relativas a actos o documentos de dichas oficinas, que sea necesario incorporar al proceso. De ello, es un aspecto importante que se suscita en especial en los juicios ejecutivos y de alimentos.

1.5.5. Código Procesal Penal

De igual manera, se establecen normas en este código que tienen que ver con la intervención que hace el juez derivado de develar el secreto bancario o quebrantar normas relacionadas a ello, y al respecto se cita el ejemplo del Artículo 245, que establece: “Los tribunales y el Ministerio Público podrán requerir informes sobre datos que consten en registros llevados conforme a la Ley. Los informes se solicitarán indicando el procedimiento en el cual son requeridos, el nombre del imputado, el lugar donde debe ser entregado el informe, el plazo para su presentación y las consecuencias previstas por el incumplimiento del que debe informar”. Y la otra de carácter más especial, regulada en el Artículo 319 del mismo cuerpo legal, en donde el Ministerio Público puede exigir informaciones de cualquier funcionario o empleado público, emplazándolos conforme a las circunstancias y estarán obligados a satisfacer el requerimiento o comisión. Para solicitar informaciones de personas individuales o jurídicas el Ministerio Público deberá solicitar autorización de juez competente. Para los efectos del presente trabajo de tesis, esta norma legal es la aplicable en virtud de que los bancos son personas jurídicas, razón por la cual se encuentra un fundamento legal para la existencia del secreto bancario, y que la información puede solicitarse a los bancos del sistema, siempre y cuando el juez competente lo haya autorizado al fiscal que realiza la investigación en determinado asunto.

1.6. La evasión fiscal como consecuencia de la protección que brinda el secreto bancario

Se ha dicho que una consecuencia directa en la actualidad de una protección legal acerca del secreto bancario es el hecho de que amparados a través de ese secreto, aunado a la poca regulación y fiscalización que existe, es que se produce la evasión fiscal y de allí, se señala que hay países en donde existen verdaderos paraísos fiscales, citando a Guatemala, como parte de ellos.

Todos los centros financieros que desarrollan una actividad desregulada, descontrolada y ajena a las regulaciones comunes a los demás países con los que se relacionan, por estar destinados de modo especial a las empresas o a los particulares no residentes, actividad incentivada por la escasa o nula tributación, que se convierte en un incentivo de personas para utilizar estos países y que derivado de ello, se puedan cometer hechos delictivos, como se analizará más adelante.

De acuerdo a lo anterior, entonces, existe un vinculo con la evasión fiscal y “se trata pues de territorios cuyas regulaciones, fundamentalmente fiscales y financieras, son establecidas con el fin de atraer dinero procedente del exterior que no tendrá como destino la actividad productiva del país receptor. Se habla entonces de paraísos fiscales sólo para extranjeros, ya que para los residentes las regulaciones suelen ser mucho más estrictas. Es la razón por la que se habla también de sistemas duales: un sistema



de juego muy flexible y laxo para los extranjeros que convive con un sistema fuertemente regulado y supervisado para los residentes”.¹¹

Los organismos internacionales establecen una serie de características que serían comunes a todos los paraísos fiscales, y a partir de las cuales elaboran sus listas negras. Como se ha dicho, todos los organismos difieren al considerar si algunos territorios son o no verdaderos paraísos fiscales precisamente por diferencias en el criterio de asignación.

“Así, mientras la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) considera que hay 40 paraísos fiscales, el Fondo Monetario Internacional (FMI) contabiliza 46, el Senado de Estados Unidos sólo 35, y la Tax Justice Network sube la cifra hasta 72”.¹²

“Dicho esto, y teniendo presente que las características difieren en intensidad entre un paraíso fiscal y otro, se va a describir las razones de ello, dentro de lo más importante como lo siguiente:

- a) La primera de todas es su fiscalidad nula o reducida, que es utilizada para atraer el dinero. Se tiene que tomar en cuenta que el dinero se mueve por el sistema financiero global buscando revalorizarse, es decir, aumentar de valor.

¹¹ www.ong.com.html. Día de consulta: 9-9-2015.

¹² www.ocde.com.html. Día de consulta: 9-9-2015.

- b) Para las empresas, bancos y otros agentes que mueven ese dinero los impuestos son entendidos como un costo que reduce sus beneficios y, por lo tanto, su rentabilidad.

- c) La lógica de estos agentes será, en consecuencia, la de reducir sus cargas impositivas utilizando todo tipo de mecanismos y uno de ellos, el que aquí nos ocupa, es el uso de los paraísos fiscales.

- d) Una segunda característica es la poca normativa financiera. Es posible hacer prácticamente todo en el ámbito financiero de un paraíso fiscal: desde crear nuevas instituciones financieras (bancos o entidades para los bancos) en unos instantes y sin apenas requerimientos hasta constituir empresas enteras, pasando por el secreto bancario (la discreción y reserva profesional que tienen los bancos y sus empleados para no revelar el verdadero propietario de las cuentas o activos materiales).

- e) Una tercera característica es la naturaleza de enclave, esto es, de territorio con un sistema regulatorio dual: diferente para residentes y para extranjeros. A las entidades que se establecen en los paraísos fiscales, especialmente si son entidades financieras, no se les aplica prácticamente ninguna regulación (cosa que sí ocurriría en caso de estar establecidas en el país de origen).

- f) Por esta misma razón se suele dar una relación desproporcionada entre el nivel de actividad financiera y la economía real del territorio en cuestión.

- g) Una cuarta característica es su condición de territorios con autogobierno suficiente para determinar su propia regulación en materia fiscal y económica, sin que ello signifique que tengan que tener la condición de países. A veces se entiende también que algunos territorios dentro de los propios Estados también pueden ser paraísos fiscales debido precisamente a esta capacidad.

- h) Por otra parte, y debido a que los paraísos fiscales también compiten entre ellos, muchos de ellos se han especializado en algún tipo de servicio (especulación con títulos, registro de buques, etc.)

- i) En todo caso, y merece la pena reseñarlo, toda la actividad económica en los paraísos fiscales es muy poco transparente.

- j) No existen datos precisos del movimiento real de dinero por dichos territorios, y de forma oficial sólo se puede contar con datos parciales y con estimaciones”.¹³

Por otro lado, la evasión fiscal evidentemente se produce en perjuicio de una sociedad, y los beneficios son de unos pocos, y el Estado deja de obtener los ingresos que contribuyan a cumplir con sus bienes de acuerdo a la Constitución Política de la Republica de Guatemala, fundamentalmente de brindar bienestar común.

¹³ www.ong.com.htm. Día de consulta: 12-9-2015.



En ese sentido, también conviene señalar como se dijo arriba, existen fundamentalmente tres tipos de agentes diferentes que pueden propiciar a través del secreto bancario y su relación con la evasión fiscal y que son:

- a) Bancos;
- b) Empresas multinacionales, y
- c) Individuos de grandes patrimonios. Si bien todos estos agentes se aprovechan de los paraísos fiscales en beneficio propio, sus fines concretos y sus mecanismos difieren de unos a otros.

En el caso de los bancos tienen un papel clave en las economías de todos los tiempos. Tradicionalmente, y desde la existencia del capitalismo, los bancos han tenido un rol crucial como intermediarios financieros. El dinero que se depositaba en ellos (por ejemplo por los trabajadores) era prestado a empresas que lo necesitaban para llevar a cabo su actividad (por ejemplo para comprar maquinaria y pagar salarios). Los bancos ganaban porque prestaban más caro que lo que pagaban a los depósitos. Sobre este tema se abordará con mayor detalle en los siguientes capítulos.

Sin embargo, hoy esa función ha perdido importancia, y los bancos destinan el dinero no tanto para prestarlo a las empresas sino para invertir en los mercados financieros. El dinero se invierte en acciones, bonos, obligaciones, etc. para poder revalorizarlo, y la forma habitual de hacerlo es constituyendo fondos de inversión colectiva. Estos fondos no son más que entidades creadas por los bancos que recogen dinero de muchas



fuentes como de personas individuales, los ahorros y sumados se invierten en cualquier producto financiero en acciones, por ejemplo. Al cabo de un tiempo, cuando se han revalorizado, se devuelve a los propietarios últimos el nominal (el dinero invertido) más los intereses, quedándose el banco con una importante comisión.

Existen también distintas formas que se usan para evadir impuestos o hacer fraude fiscal. Son habituales en deportistas de élite que ubican su residencia en algún paraíso fiscal, pero también por otros profesionales (médicos, consultores, etc.). A veces, algunos de estos profesionales crean empresas en paraísos fiscales para que sean éstas las propietarias de sus activos (vehículos, casas, etc.) y las que sean contratadas para efectuar servicios (atención médica, por ejemplo), de forma que evitan así la tributación. El impacto que tiene la existencia de los paraísos fiscales va, no obstante, más allá también de los mecanismos que se utilizan en ellos, ya que su mera existencia es un elemento que presiona a los regímenes fiscales de los países desarrollados y los lleva a competir en condiciones de desigualdad.

Se ha llegado a tal grado de estar conscientes de esta problemática, que por ejemplo, la Convención Interamericana contra la Corrupción, dirigida a funcionarios o empleados públicos, hace alusión al secreto bancario y dice al respecto: " Artículo XVI Secreto bancario. 1. El Estado Parte requerido no podrá negarse a proporcionar la asistencia solicitada por el Estado Parte requirente amparándose en el secreto bancario. Este Artículo será aplicado por el Estado Parte requerido, de conformidad con su derecho interno, sus disposiciones de procedimiento o con los acuerdos bilaterales o



multilaterales que lo vinculen con el Estado Parte requirente. 2. El Estado Parte requirente se obliga a no utilizar las informaciones protegidas por el secreto bancario que reciba, para ningún fin distinto del proceso para el cual hayan sido solicitadas, salvo autorización del Estado Parte requerido”. Al revisar lo actuado en el caso de Guatemala, no se ha hecho nada al respecto.

1.7. Factor de presión internacional

1.7.1. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE-

Existen factores de presión internacional para el combate a la criminalidad organizada; a través del secreto bancario se pretenden escudar para evadir el pago de impuestos y cometer actos ilegales que se encuentran o no reconocidos en leyes penales, como el caso de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que lo regula, y además, constituye un marco normativo de amplio espectro para que los legisladores guatemaltecos se preocupen de regular estos aspectos no precisamente que sea por voluntad propia de ellos, sino precisamente por la presión internacional. Aparte de ello, existen otras formas de presión internacional, que pueden incidir en la expansión del comercio a nivel mundial pero de forma negativa y ello hace que aún exista una falta de regulación y ausencia de controles por parte de las entidades estatales, y puede generar efectos negativos para los países como sucede en el caso de Guatemala, por ejemplo, lo que sería su aprovechamiento por parte de la delincuencia organizada, toda vez que dicha expansión es propicia para el desarrollo de redes delincuenciales, así

como para ocultar a través del comercio, actos ilícitos difícilmente detectables por las autoridades de un Estado.

1.7.2. Definición y función de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

1.7.2.1. Definición

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), es una organización de cooperación internacional. Se trata de una entidad que goza de legitimidad porque se encuentra compuesta a la fecha por 31 Estados. Tiene como objetivo coordinar sus políticas económicas y sociales.

1.7.2.2. Breves antecedentes

Fue fundada la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en 1960 la OCDE y su sede central se encuentran en la ciudad de París, Francia. En la organización los representantes de los países miembros se reúnen para intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y coadyuvar a su desarrollo y al de los países no miembros. “Se considera que esta organización agrupa a los países más avanzados y desarrollados del planeta, siendo apodada como club de países ricos. Los países miembros son los que proporcionan al mundo el 70% del mercado mundial y representan el 80% del PNB

mundial".¹⁴ La OCDE es la sucesora de la OECE (Organización Europea para la Cooperación Económica), resultado del Plan Marshall y de la Conferencia de los Dieciséis (Conferencia de Cooperación Económica Europea), que existió entre 1948 y 1960. Su objetivo era el establecimiento de una organización permanente encargada, en primer lugar, de garantizar la puesta en marcha de un programa de recuperación conjunta (el Plan Marshall) y, en particular, de supervisar la distribución de la ayuda. La organización nació cuando veinte países se adhirieron a la Convención de la OCDE llevada a cabo el 14 de diciembre de 1960 en París.

1.7.2.3. Objetivos

La OCDE se ha constituido en uno de los foros mundiales más influyentes, en el que se analiza y se establecen orientaciones sobre temas de relevancia internacional como economía, educación y medio ambiente. El principal requisito para ser país miembro de la OCDE es liberalizar progresivamente los movimientos de capitales y de servicios. Los países miembros se comprometen a aplicar los principios de: liberalización, no discriminación, trato nacional y trato equivalente. Sus principales objetivos son:

- I. Contribuir a una sana expansión económica en los países miembros, así como no miembros, en vías de desarrollo económico.
- II. Favorecer la expansión del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria conforme a las obligaciones internacionales.

¹⁴ www.sib.com.html. Días de consulta: 12, 14 y 17 de septiembre 2015.

III. Realizar la mayor expansión posible de la economía y el empleo y un progreso en el nivel de vida dentro de los países miembros, manteniendo la estabilidad financiera y contribuyendo así al desarrollo de la economía mundial.

1.7.2.4. Conducción del trabajo de la OCDE

El órgano supremo es el Consejo, que se encarga de la supervisión y dirección estratégica, integrado por representantes de los países miembros y de la Comisión Europea. La toma de decisiones se hace por consenso.

1.7.2.5. Estados miembros

Originalmente, 20 países adhirieron a la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos del 14 de diciembre de 1960. Desde entonces, 11 países se han sumado y se han convertido en miembros plenos de la Organización. Los países miembros de la Organización y las fechas en que depositaron el instrumento de ratificación son, por orden de ingreso: Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, Dinamarca, Islandia, Noruega, Turquía, España, Portugal, Francia, Irlanda, Bélgica, Austria, Países bajos, Luxemburgo, Italia, Japón, Finlandia, Australia, Nueva Zelanda, México, República Checa, Alemania Grecia, Suiza, Hungría, Polonia, Suecia, Corea del Sur, Eslovaquia y Chile.



También existe el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, que ha establecido una serie de principios básicos para una supervisión bancaria eficaz, y que dice:

- a) "Principio 1– Objetivos, independencia, potestades, transparencia y cooperación: todo sistema eficaz de supervisión bancaria debe contar con atribuciones y objetivos claros para cada autoridad que participe en la supervisión de los bancos. Cada una de ellas deberá contar con independencia operativa, procesos transparentes, un buen gobierno corporativo y recursos adecuados, y deberá hacerse responsable del desempeño de sus funciones. También ha de existir un marco jurídico apropiado para la supervisión bancaria, con normas relativas a la autorización de las instituciones bancarias y a su supervisión continua, potestades para asegurar el cumplimiento de la ley así como la seguridad y solidez, y protección legal para los supervisores. Debe haber mecanismos para el intercambio de información entre los supervisores que permitan preservar el carácter confidencial de la misma.
- b) Principio 2 – Actividades permitidas: deben definirse claramente las actividades que pueden desarrollar las entidades autorizadas a operar como bancos y sujetas a supervisión, y debe controlarse en la medida de lo posible el uso de la palabra banco como razón social.
- c) Principio 3 – Criterios para la concesión de licencias: la autoridad encargada de conceder las licencias debe tener potestad para fijar criterios y rechazar las solicitudes que no cumplan con las normas establecidas. Como mínimo, el proceso



de autorización debe evaluar la estructura de propiedad y el buen gobierno del banco y del grupo al que pertenece, incluyendo la adecuación e idoneidad de sus consejeros y altos directivos, su plan estratégico y operativo, sus controles internos y gestión del riesgo, así como la evolución prevista de su situación financiera, incluida su base de capital. Cuando el propietario u organismo matriz del banco propuesto sea extranjero, deberá obtenerse el consentimiento previo del supervisor del país de origen.

- d) Principio 4 – Cambio de titularidad de participaciones significativas: el supervisor tiene potestad para examinar y rechazar propuestas para transferir participaciones significativas o de control, tanto si se poseen de modo directo como indirecto, en bancos existentes.
- e) Principio 5 – Adquisiciones sustanciales: el supervisor tiene potestad para analizar, basándose en criterios prescritos, las adquisiciones o inversiones sustanciales que realice un banco, incluida la realización de operaciones transfronterizas, para confirmar que la estructura del grupo o de la empresa no expone al banco a riesgos innecesarios ni obstaculiza la supervisión eficaz.
- f) Principio 6 – Suficiencia de capital: el supervisor debe imponer a los bancos requerimientos mínimos de capital que reflejen los riesgos que éstos asumen y debe definir los componentes del capital teniendo en cuenta la capacidad de éstos para absorber pérdidas.



g) Principio 7 – Proceso para la gestión del riesgo: los supervisores deben tener constancia de que los bancos y grupos bancarios cuentan con un proceso integral de gestión de riesgos (que incluya la vigilancia por el Consejo y la alta dirección) para identificar, evaluar, vigilar y controlar o mitigar todos los riesgos sustanciales y para evaluar su suficiencia de capital global con respecto a su perfil de riesgo. Estos procesos han de ser proporcionales a las dimensiones y complejidad de la institución.

h) Principio 8 – Riesgo de crédito: los supervisores deben tener constancia de que los bancos cuentan con un proceso para la gestión del riesgo de crédito que incorpore el perfil de riesgo de la institución, con políticas y procesos prudenciales para identificar, calcular, vigilar y controlar el riesgo de crédito (incluido el riesgo de contraparte). Esto incluiría la concesión de préstamos y la realización de inversiones, la evaluación de la calidad de todos ellos y la gestión continua de las carteras crediticia y de inversión.

i) Principio 9 – Activos dudosos, provisiones y reservas: los supervisores deben tener constancia de que los bancos establecen y cumplen políticas, prácticas y procedimientos adecuados para gestionar activos dudosos y para evaluar la suficiencia de sus provisiones y reservas.

j) Principio 10 – Límites de exposición a grandes riesgos: los supervisores deben tener constancia de que el banco cuenta con políticas y procesos que permitan a la dirección identificar y gestionar las concentraciones en el seno de la cartera, y también deben fijar



límites prudenciales que restrinjan las posiciones del banco frente a una misma contraparte o grupo de contrapartes vinculadas.

k) Principio 11 – Posiciones con partes vinculadas: a fin de evitar abusos al mantener posiciones (tanto dentro como fuera de balance) con partes vinculadas y para resolver cualquier conflicto de intereses, los supervisores deben establecer requisitos para que aquellos bancos que mantienen posiciones con personas físicas o jurídicas vinculadas lo hagan con total imparcialidad, que dichas posiciones puedan ser controladas eficazmente, que se adopten medidas para controlar o mitigar riesgos, y que el reconocimiento contable de pérdidas en dichas posiciones se realice con políticas y procesos estándar.

l) Principio 12 – Riesgo país y riesgo de transferencia: los supervisores deben tener constancia de que los bancos cuentan con políticas y procesos adecuados para identificar, cuantificar, vigilar y controlar el riesgo país y el riesgo de transferencia en sus préstamos e inversiones internacionales, y para mantener un nivel de reservas adecuado para dichos riesgos.

m) Principio 13 – Riesgos de mercado: los supervisores deben tener constancia de que los bancos cuentan con políticas y procesos para identificar, cuantificar, vigilar y controlar con precisión los riesgos. Los supervisores deben tener potestad para imponer límites y/o exigencias de capital específicos para las exposiciones al riesgo de mercado, cuando esté justificado.



n) Principio 14 – Riesgo de liquidez: los supervisores deben tener constancia de que los bancos cuentan con una estrategia para gestionar el riesgo de liquidez que incorpora el perfil de crédito de la institución, con políticas y procesos prudenciales para identificar, cuantificar, vigilar y controlar el riesgo de liquidez y para poder gestionar diariamente la liquidez. Los supervisores exigen que los bancos cuenten con planes de contingencia para afrontar problemas de liquidez.

ñ) Principio 15 – Riesgo operacional: los supervisores deben tener constancia de que los bancos cuentan con políticas y procesos de gestión de riesgos para identificar, evaluar, vigilar y controlar/mitigar el riesgo operacional. Estas políticas y procesos han de ser proporcionales a las dimensiones y complejidad del banco en cuestión.

o) Principio 16 – Riesgo de tipos de interés en la cartera de inversión: los supervisores han de tener constancia de que el banco cuenta con sistemas eficaces para identificar, cuantificar, vigilar y controlar el riesgo de tipos de interés en la cartera bancaria, incluyendo una estrategia bien definida aprobada por el Consejo y puesta en práctica por la alta dirección, proporcional al tamaño y complejidad de dicho riesgo.

p) Principio 17: Control y auditoría internos: los supervisores deben tener constancia de que los bancos cuentan con controles internos acordes al tamaño y complejidad de su actividad. Dichos controles deben incluir normas claras sobre delegación de autoridad y responsabilidades; segregación de las funciones que implican el compromiso del banco, el desembolso de sus fondos y la contabilidad de sus activos y pasivos; conciliación de



estos procesos; protección de los activos del banco; y funciones independientes de auditoría interna y de cumplimiento para comprobar la observancia de estos controles, así como de la legislación y regulación aplicables.

q) Principios 18: Utilización abusiva de servicios financieros: los supervisores deben tener constancia de que los bancos cuentan con políticas y procesos adecuados, incluyendo normas estrictas sobre el conocimiento de la clientela ("know-your-customer" o KYC), que promuevan normas éticas y profesionales de alto nivel en el sector financiero e impidan que el banco sea utilizado, intencionalmente o no, con fines delictivos.

r) Principio 19 – Enfoque supervisor: un sistema eficaz de supervisión bancaria exige que el supervisor desarrolle y mantenga un profundo conocimiento sobre las operaciones de los bancos por separado y de los grupos bancarios, así como del sistema bancario en su conjunto, centrándose en la seguridad y solidez y en la estabilidad del sistema bancario.

s) Principio 20 – Técnicas de supervisión: un sistema eficaz de supervisión bancaria debe incluir tanto supervisión in situ como a distancia, además de contactos periódicos con la gerencia del banco.

t) Principio 21 – Informes de supervisión: los supervisores deben contar con los medios necesarios para obtener, revisar y analizar los informes prudenciales y estadísticos de



los bancos, tanto a título individual como en base consolidada, con el fin de verificarlos independientemente, ya sea a través de inspecciones in situ o con la ayuda de expertos externos.

v) Principio 22 – Contabilidad y divulgación: los supervisores deben tener constancia de que cada banco mantiene registros adecuados conforme a las políticas y prácticas contables ampliamente aceptadas internacionalmente y que publica con regularidad información que refleja razonablemente su situación financiera y su rentabilidad.

w) Principio 23 – Potestades correctivas del supervisor: los supervisores deben contar con una gama adecuada de herramientas de supervisión que les permita aplicar medidas correctivas oportunas. Esto incluye la capacidad de revocar, cuando sea necesario, licencias bancarias o recomendar su revocación.

x) Principio 24 – Supervisión consolidada: para la supervisión bancaria resulta esencial que los supervisores lleven a cabo su labor en base consolidada para todo el grupo bancario, realizando un adecuado seguimiento y, cuando corresponda, aplicando normas prudenciales a todos los aspectos de las actividades que el grupo realiza a escala mundial.

y) Principio 25 – Relación entre el supervisor de origen y el de destino: la supervisión transfronteriza consolidada exige la cooperación y el intercambio de información entre los supervisores del país de origen y aquellos otros con competencias dentro del grupo



bancario, en especial las autoridades de supervisión del país de acogida. Los supervisores bancarios deben exigir que las operaciones locales de bancos extranjeros se lleven a cabo en virtud de las mismas normas que se aplican a las entidades locales”.¹⁵

1.8. Razones por las cuales se considera a Guatemala un paraíso fiscal

El Estado de Guatemala ha adquirido compromisos internacionales en relación a la prevención de los delitos, especialmente el lavado de dinero u otros activos si se toma en consideración que ha suscrito y ratificado, entre otros, los siguientes instrumentos internacionales:

- a) La Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena).

- b) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

En cada uno de estos, se establecen una serie de compromisos que el Estado de Guatemala ha adquirido con la organización internacional, y que conlleva también el combate a la evasión fiscal, que produce grave daño a la sociedad, pues no permite

¹⁵ FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Ob. Cit.* Pág. 363.



Al no encontrarse regulado adecuadamente el secreto bancario, lo que permite únicamente y mediante orden de juez, determinar la licitud o ilicitud de fondos de particulares en el sistema bancario, así también la falta de controles del Estado y el incumplimiento de los compromisos contraídos en los instrumentos jurídicos anteriormente descritos, hace viable que en Guatemala, y como sucede en otros países a los cuales se les ha descrito como paraísos fiscales, se le considere de tal manera.

1.9. Repercusiones en que Guatemala puede incurrir, por ser un Estado no Cooperante con la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico

- I. La desestabilización del sector financiero;
- II. Una economía enferma;
- III. Incremento en los altos índices de criminalidad y delincuencia; y,
- IV. También el incremento en índices de corrupción.



CAPÍTULO II

2. El desarrollo del secreto bancario

2.1. La delincuencia organizada

2.1.1. Breves antecedentes

“La palabra crimen en sus inicios contenía únicamente el aspecto relacionado con un delito, actualmente se debe comprender un concepto mucho más amplio. De acuerdo a lo escrito por el Licenciado Julio Rivera Clavería”.¹⁶

Al indicar como surge el crimen organizado indica: “Investigar las causas que dieron origen a la criminalidad organizada en Guatemala es una tarea compleja, sin embargo, existen algunos hechos claves en la historia reciente del país que podrían explicar el fenómeno criminal, siendo estos:

1. “La guerra civil que se libró en Guatemala durante 36 años evitó que el crimen organizado pudiera articularse y expandirse en el país, por lo que, con el advenimiento de la nueva era democrática como sistema político y con el final del conflicto armado, así como con la desestructuración operativa de los grupos

¹⁶ RIVERA CLAVERÍA, Julio. Instituto de estudios en seguridad, el crimen organizado. Pág. 9.

antagónicos que en el conflicto intervinieron, se favorece la criminalidad organizada.

2. La debilidad del Estado guatemalteco es una realidad innegable, así mismo lo es la fragilidad de sus instituciones para atender no sólo las demandas de la población sino para ejercer su autoridad y el monopolio de la fuerza en todo el territorio nacional.
3. Factores externos como el fenómeno de la globalización económica, tecnológica y de las comunicaciones igualmente hicieron posible la globalización de la criminalidad, por lo cual surgen nuevos actores, nuevas amenazas y, sobre todo, se consolida y expande el crimen organizado local y se vincula al transnacional.

A nivel internacional se puede hacer alusión a lo que ha significado las mafias y las organizaciones de criminales italianos por ejemplo, que surge en los años veinte en los Estados Unidos, en donde Mafia, también nombrada como La Cosa Nostra (Italiano para nuestra cosa) era en su origen una confederación siciliana dedicada a la protección y el ejercicio autónomo de la ley (justicia vigilante) y, más adelante, al crimen organizado. Sus miembros se denominaban a sí mismos mafiosi, es decir, hombres de honor. Se ha dicho que la mafia se propagó por los Estados Unidos a comienzos del Siglo XX. Las organizaciones mafiosas americanas florecieron con la llegada de la Ley seca en los años 20, y no empezaron a perder influencia hasta la década de los 80".¹⁷

¹⁷ www.lamafiasiliana.com.html. Día de consulta: 8-9-2015.



Se puede decir derivado de lo anterior que las organizaciones criminales como las señaladas, lo conforman grupos de individuos violentos y temibles, ligados entre ellos por misteriosos lazos secretos y dedicados a actividades delictivas o inconfesables. Sociedad secreta, ávida de dinero y riqueza que para conseguirlos corrompe o controla el poder político con todos los medios a su alcance, el asesinato, el chantaje, el secuestro y la Lupaza Bianca (hacer desaparecer a una persona sin dejar rastro). A veces logran colocar a uno de los suyos en el poder. Organización piramidal y territorial.

Dentro de los grupos organizados de este tipo en el mundo se pueden citar los siguientes:

Mafia siciliana. Surge en Sicilia (Italia) a principios del siglo XIX. Los terratenientes, dejaron que sus fincas fueran explotadas por los gabelotti (aparceros), amos y señores de la isla. Entre ellos pasaron a llamarse La Cosa Nostra y a reconocerse como hombres de honor.

La Camorra. Surgió en Nápoles (Italia), llamada Nuova Camorra Organizzata (NCO). Actualmente los camorristas se mueven por todo el mundo y dirigen sus negocios desde países como España. Siempre han tenido estrechos lazos con el mundo político. Actualmente operan en el mundo más de ciento once familias camorristas. La Sacra Corona Unita (Apulia). **La Mafía en Estados Unidos.** Comenzaron cobrando impuestos de protección (racket) a los comerciantes locales, y con el contrabando de alcohol

durante la Ley Seca. Sus principales sedes están en Florida, Detroit, Chicago y Nueva York.

Medvedkovskaya. Mafia rusa originaria de Moscú. Con presencia en países como España.

Carteles colombianos.

Yakuza japonesa (siglo XVII).

2.1.2. Definiciones

Se entiende por crimen organizado a colectividades socialmente organizadas que desarrollan actividades delictivas como fines de lucro. Entre dichas actividades suele encontrarse el tráfico de drogas, armas, replicas de obras artísticas o tesoros arqueológicos, la delincuencia de las maras, robo de vehículos.

Quien escribe ha podido evidenciar a través de la investigación que estudios sobre el crimen organizado son muy escasos, lo cual conlleva también que en la doctrina se adolece de un aparato teórico relevante para posteriores estudios.

Por lo general, en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo existen dos modos de regular el crimen organizado. Por una parte, están aquellos que condenan las

actividades ilícitas que realizan estos grupos de manera individualizada, ya sea el tráfico de drogas, la extorsión o el blanqueo de capitales. Así ocurre en el caso español. Pero, por otra, existen otros códigos penales que condenan, o agravan la pena por su comisión, la propia pertenencia a los grupos criminales independientemente de los delitos cometidos. "Para que exista este tipo de pena es necesario que el ordenamiento legal defina qué tipo de relaciones entre las personas deben existir para caer en esta figura delictiva. Los códigos penales optan por dos formas de llevar a cabo esta definición. Pueden, en primer lugar, describir en detalle las actividades que pueden realizar los grupos criminales para otorgarles carta de naturaleza criminal. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de California, en los Estados Unidos, en el que se define éste de la siguiente manera:

1. Crimen organizado consiste en dos o más personas que, con un propósito de continuidad, se involucran en una o más de las siguientes actividades: (a) la oferta de bienes ilegales y servicios, por ejemplo, el vicio, la usura, etcétera, y (b) delitos de predación, por ejemplo, el robo, el atraco, etcétera. Diversos tipos específicos de actividad criminal se sitúan dentro de la definición de crimen organizado.
2. Estos tipos pueden ser agrupados en cinco categorías generales: (1) Mafia: actividades criminales organizadas. (2) Operaciones viciosas: negocio continuado de suministrar bienes y servicios ilegales, por ejemplo, drogas, prostitución, usura, juego. (3) Bandas de asaltantes-vendedores de Artículos robados: grupos que se organizan y se involucran continuamente en un tipo concreto de robo como

proyectos de fraude, documentos fraudulentos, robos con allanamiento de morada, robo de coches y secuestros de camiones y adquisición de bienes robados. (4)
Pandillas: grupos que hacen causa común para involucrarse en actos ilegales. (5)
Terroristas: grupos de individuos que se combinan para cometer actos criminales espectaculares como el asesinato o el secuestro de personas prominentes para erosionar la confianza del público en el gobierno establecido por razones políticas o para vengar por algún agravio.

3. Otros textos legales son menos restrictivos en cuanto a las actividades y definen crimen organizado con respecto al funcionamiento del grupo delictivo.
4. El Crimen organizado es la violación planificada de la ley al objeto de adquirir beneficios económicos o poder, cuyos delitos son independientemente o en su conjunto de especial gravedad y se llevan a cabo por más de dos participantes que cooperan en el marco de una división laboral por un periodo de tipo prolongado o indeterminado utilizando (a) estructuras comerciales o paracomerciales, o (b) violencia o otros medios de intimidación, o (c) influencia en la política, en los medios de comunicación, en la administración pública, en el sistema de justicia y en la economía legítima”.¹⁸

¹⁸ www.goesjurfdica.com.html. Día de consulta 20-09-2015.



Si en otros aspectos es difícil alcanzar acuerdos dentro de las Naciones Unidas, el crimen organizado ha sido una fuerza motriz de primera importancia para fomentar la colaboración internacional en otros ámbitos.

La definición que realizan está mucho más cerca del máximo común múltiplo que de las dificultades que suelen generarse para alcanzar acuerdos acerca de la extensión del fenómeno. Crimen organizado es, según esta definición, las actividades colectivas de tres o más personas, unidas por vínculos jerárquicos o de relación personal, que permitan a sus dirigentes obtener beneficios o controlar territorios o mercados, nacionales o extranjeros, mediante la violencia, la intimidación o la corrupción, tanto al servicio de la actividad delictiva como con fines de infiltrarse en la economía legítima.

2.1.3. Naturaleza jurídica del crimen organizado

Las explicaciones académicas del crimen organizado no tiene una historia demasiado larga y ha estado, por lo general, dividida conforme a las líneas que separan las distintas ciencias sociales, que han tratado de extender sus paradigmas, con algunos retoques, al estudio de los fenómenos.

En ocasiones el grado de refinamiento de estas aproximaciones no supera en mucho las fuentes utilizadas, ya sean éstas procedentes de los medios de comunicación o de las agencias de seguridad. La consecuencia es que elementos fundamentales de las ciencias sociales o bien han estado ausentes durante mucho tiempo de los enfoques

académicos sobre el crimen organizado o bien se han mantenido en los márgenes de la explicación como un pilar al que se recurre para otorgarle un barniz de seriedad.

“En conjunto estas aportaciones pueden situarse en un continuo que va un extremo en el que se presenta a las organizaciones criminales como un ente altamente jerarquizado con códigos de conducta internos desviados hasta el límite contrario en el que se sitúa una exhibición en la cual el crimen organizado sería un conjunto de relaciones laxas más o menos temporales dentro de un mundo que tiende a traspasar con extrema facilidad los mundos de la legalidad y de la ilegalidad.

El estudio más clásico sobre el crimen organizado en la época más reciente, que se extiende hasta la actualidad, son los trabajos de Donald Cressey, que constituyen asimismo el paradigma de la perspectiva tradicional o gubernamental del crimen organizado. Su enfoque es de tipo sociológico y sus fuentes se limitan casi en exclusiva a los testimonios de antiguos miembros de la mafia italo-americana presentados ante una comisión parlamentaria”.¹⁹ Cressey describió la estructura del crimen organizado como si se tratase de una organización burocrática, al tipo de una empresa, con una jerarquía rígida, un código de conducta que abarca a todos sus miembros y, sobre todo, que funciona como una sociedad secreta. La organización mafiosa estaba compuesta, según los testimonios que él recogió acriticamente, por veinticuatro familias situadas en algunas grandes ciudades de los Estados Unidos, que estaban dirigidas por un ente crípticamente denominado la Comisión, que se encargaba de supervisar, planificar y

¹⁹ RIVERA CLAVERÍA, Julio. *Ob. Cit.* Pág. 63.

coordinar las grandes estrategias delictivas. Cada familia la integraban una serie de niveles jerárquicos de mando que iban desde el jefe (*boss*) que se encontraba en la cúspide de la pirámide hasta la tropa denominada, como no podía ser de otro modo, los soldados, entre las que se interponen un conjunto de grados de mando como el subjefe o los lugartenientes. Los objetivos de la organización eran dispuestos por la Comisión y se transmitirían a través de la cadena de mando hasta los elementos operativos de cada célula del grupo.

La principal aportación de Cressey no fue tanto la validación de una estructura organizativa que ya había sido repetidamente explicada en los medios de comunicación y por agencias de seguridad del gobierno sino dar un poco de racionalidad (académica) a lo que hasta entonces parecía un conjunto confusa y fragmentado de datos. Cressey realizó esta tarea del modo más directo: según él, la dimensión básica que convertía a las categorías de mando del crimen organizado en algo distinguible y diferenciable dentro de un continuo jerárquico era, precisamente, la racionalidad. Por racionalidad, entiende Cressey, el grado en el que las organizaciones criminales desarrollan crecientes niveles de complejidad conforme tratan de lograr los objetivos criminales previstos. En consecuencia, a mayor racionalidad en el crimen organizado, más compleja y precisa será la descripción de tareas de sus miembros y más sofisticada su división del trabajo.

Los trabajos de Cressey han recibido muchas críticas a lo largo del tiempo. Los motivos han sido bastante diversos, y sobre todo han estado referidos a la utilización de las



fuentes y la poca fiabilidad de las mismas. Otras están relacionadas con la utilización sesgada que de sus materiales puede hacerse para insertar una visión peculiar de la Mafia en Estados Unidos como una conspiración extranjera. También en sus trabajos se ignoran las continuidades entre el *underworld* y el *upperworld*, con lo cual, dentro de su misma lógica, se negaría la supervivencia de la organización al someterla a tales constreñimientos de actuación. Schelling trató de remediar esta laguna incorporando algunas ideas económicas al respecto. Sin cuestionar la idea de la Mafia como una organización monolítica, observa que el crimen organizado posee características que lo convierten en un ente análogo al gobierno. En primer lugar, el negocio nuclear de las organizaciones criminales es imponer sus propias normas en un territorio dado, ya sea geográfico o funcional, de tal modo que puedan recaudar impuestos, aunque sea al modo de extorsión. En segundo lugar, para imponer estas reglas los grupos criminales aspiran, usurpando las funciones de los poderes públicos, a adquirir el monopolio del uso de la fuerza coactiva. Pero, sobre todo, las críticas a este modelo se han extendido muy frecuentemente en la sobreestimación de la centralización administrativa de los grupos de la Mafia italiana. Sin embargo, su ascendencia se mantuvo no sólo en el mundo de la academia sino fuera de él, en gran medida porque cumplía, con las debidas exigencias de elaboración académica el estereotipo que reflejaban los medios de comunicación, el cine y la literatura. Casi veinte años después otra comisión parlamentaria constituida al efecto, que de hecho recogía algunas de estas críticas y sus autores, repetía su descripción de la Mafia como un grupo criminal muy estructurado que, como cualquier otro tipo de burocracia saca adelante sus propósitos

durante un periodo tiempo. Y lo que es más importante, su perspectiva se extendió como explicación a fenómenos de crimen organizado en otros lugares del mundo.

2.2. El derecho bancario

2.2.1. Breves antecedentes

El desarrollo y el crecimiento de los bancos, tienen necesariamente que ir íntimamente ligado con las innovaciones que a través de la historia han sufrido las sociedades, especialmente en Europa. “Las continuas guerras de religión que atravesaron y fragmentaron la Europa del siglo XVI marcaron e impulsaron el paso de la Edad Media a la modernidad. Aunque los antecedentes más remotos de las instituciones financieras y de la banca puedan remontarse a la antigüedad, con las primeras operaciones comerciales ligadas a los templos de Mesopotamia o al código babilónico sobre préstamos y depósitos del año 1800 A.C., el origen de los bancos tal como los conocemos hoy en día data, precisamente, de esa Europa del siglo XVI caracterizada por la guerra. Guerra y comercio caminan de la mano en la historia”.²⁰

Muchas de las funciones de los bancos, como la de guardar fondos, prestar dinero y garantizar préstamos, así como el cambio de monedas, pueden rastrearse hasta la antigüedad. “Durante la edad media, los caballeros templarios, miembros de una orden militar y religiosa, no sólo almacenaban bienes de gran valor sino que también

²⁰ BONFATI, Mario Alberto. *Manual de derecho bancario*. Pág. 125.



se encargaban de transportar dinero de un país a otro. Las grandes familias de banqueros del renacimiento, como los Medici de Florencia prestaban dinero y financiaban parte del comercio internacional. Los primeros bancos modernos aparecieron durante el siglo XVII: el Riksbank en Suecia (1656), y el Banco de Inglaterra (1694)”.²¹

Arturo Martínez Gálvez “al referirse a la historia del derecho bancario en general, indica que “los orfebres ingleses del siglo XVII constituyeron el modelo de partida de la banca contemporánea. Guardaban oro para otras personas, a quienes tenían que devolvérselo si así les era requerido. Pronto descubrieron que la parte de oro que los depositantes querían recuperar era sólo una pequeña parte del total depositado. Así, podían prestar parte de este oro a otras personas, a cambio de un instrumento negociable o pagaré y de la devolución del principal y de un interés. Con el tiempo, estos instrumentos financieros que podían intercambiarse por oro pasaron a reemplazar a éste. Resulta evidente que el valor total de estos instrumentos financieros excedía el valor de oro que los respaldaba.

En la actualidad, el sistema bancario conserva dos características del sistema utilizado por los orfebres. En primer lugar, los pasivos monetarios del sistema bancario exceden las reservas; esta característica permitió, en parte, el proceso de industrialización occidental y sigue siendo un aspecto muy importante del actual crecimiento económico. Sin embargo, la excesiva creación de dinero puede acarrear

²¹ BONFATI, Mario Alberto. Ob. Cít. Pág. 125.



un crecimiento de la inflación. En segundo lugar, los pasivos de los bancos (depósitos y dinero prestado) son más líquidos, es decir, se pueden convertir con mayor facilidad que el oro en dinero en efectivo que los activos (préstamos a terceros e inversiones) que aparecen en su balance. Esta característica permite que los consumidores, los empresarios y los gobiernos financien actividades que, de lo contrario, serían canceladas o diferidas; sin embargo, ello suele provocar crisis de liquidez recurrentes. “Cuando los depositantes exigen en masa la devolución de sus depósitos (como ocurrió en España tras la intervención por parte del Banco de España del Banco Español de Crédito el 28 de diciembre de 1993) el sistema bancario puede ser incapaz de responder a esta petición, por lo que se deberá declarar la suspensión de pagos o la quiebra. Uno de los principales cometidos de los bancos centrales es regular el sector de la banca comercial para minimizar la posibilidad de que un banco entre en esta situación y pueda arrastrar tras él a todo el resto del sistema bancario. El banco central tiene que estar preparado para actuar como prestamista del sistema bancario, proporcionando la liquidez necesaria si se generaliza la retirada de depósitos. Esto no implica la obligatoriedad de salvar a cualquier banco de la quiebra, como se demostró en 1995 cuando el Banco de Inglaterra se negó a ayudar al quebrado Banco de inversiones Barings”.²²

Ahora bien, refiriéndose al sistema bancario guatemalteco, “los orígenes legales e institucionales del actual sistema de banca central en Guatemala se remontan al período de la reforma monetaria y financiera de 1924-1926. Entonces, fue creado el

²² VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 98.



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.

Según la Reseña Histórica del Banco de Guatemala, durante la segunda y tercera décadas del siglo veinte, el profesor Kemmerer asesoró a varios gobiernos latinoamericanos (Chile, Colombia, Ecuador y Perú) en la creación de sus bancos centrales, a imagen de los bancos de la Reserva Federal que habían sido establecidos en Estados Unidos en 1913.

El origen de esta reforma se vincula a los graves desequilibrios monetarios y financieros que ocasionó el régimen monetario anterior, basado en la existencia legal de un oligopolio de bancos emisores reglado por el gobierno de Manuel Estrada Cabrera, que generó una gigantesca deuda del gobierno para con esos bancos. 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. Kemmerer recomendó, entre otras medidas, el establecimiento de un banco central que sería el agente fiscal del gobierno y que tendría el derecho exclusivo de emitir billetes.



Ese intento de reforma se vio frustrado por una serie de eventos políticos y económicos (como los derrocamientos de los presidentes Estrada Cabrera y Manuel Herrera). No fue sino hasta en 1924 cuando el presidente Orellana invitó de nuevo al profesor Kemmerer a visitar el país y proponer un plan de reforma financiera. Antes de ello, en 1923, Orellana había promulgado un 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 noviembre de 1924 fue promulgada la Ley Monetaria de la República de Guatemala, que daba vida a la nueva unidad monetaria, el Quetzal, bajo el régimen del patrón oro clásico. En 1925, el gobierno publicó las bases de lo que debería ser el banco central y solicitó propuestas de redacción de la ley correspondiente a los diferentes sectores interesados. Finalmente, mediante Acuerdo Gubernativo del 30 de junio de 1926, se fundó el Banco Central de Guatemala, que coronó la obra de la reforma económica del Gobierno de Orellana.

Las reformas emprendidas pusieron fin a la emisión monetaria desordenada, crearon un respaldo real a la moneda nacional, estabilizaron su paridad e instauraron el orden en los flujos bancarios y financieros del país. Sin embargo, como se puede adivinar, el proceso mismo de la reforma fue sumamente complicado, como lo demuestra la propia crónica orellanista de los hechos (La Administración del General José María Orellana y el Arreglo Económico de Guatemala):

“No se consiguieron todos estos resultados sino al cabo de una cruenta lucha contra toda serie de obstáculos. Como fácil es suponer, todos los intereses creados, añadidos



a los pequeños intereses de la política, se pusieron en juego, al principio para desacreditar el plan propuesto y en seguida para ponerle trabas y obstáculos a su desarrollo. Fácil es considerar lo que esta lucha significó en un ambiente de por sí pesimista y en donde la voz de las pasiones, los intereses y la política menuda, encuentra siempre fácil eco. Hubo que luchar enérgicamente, en la acción, en el gabinete de trabajo, en la prensa".²³

La Gran Depresión mundial (1929-1933) afectó gravemente a la economía guatemalteca, y sometió a una difícil prueba al Banco Central y su política monetaria basada en el patrón oro clásico. Dado que dicho patrón no daba cabida a una política monetaria anticíclica, se hizo necesario impulsar la reforma monetaria y bancaria de 1944-1946, mediante la cual se creó el Banco de Guatemala como heredero del antiguo Banco Central de Guatemala. Esta reforma se culminó durante el gobierno revolucionario del Doctor Juan José Arévalo, y fue conducida bajo el liderazgo del presidente del Banco de Guatemala), cuyo equipo de trabajo contó con la asesoría del Doctor Robert Triffin y de David L. Grove, economistas del sistema de la Reserva

Federal de los Estados Unidos de América. Como se señala en la reseña histórica la redacción de algunas partes de esa Ley Orgánica del Banco de Guatemala también contó con la asesoría del Doctor Raúl Prebisch, exgerente del Banco Central de la República Argentina.

²³ Folleto Informático del Banco de Guatemala. **Reseña histórica de la creación de la banca en Guatemala.**
Pág.6.



La reforma, impulsada por los aires renovadores de la Revolución de Octubre de 1944, consistió en otorgarle al Banco de Guatemala la calidad de banco estatal y la facultad de realizar una política monetaria, cambiaria y crediticia encaminada a crear las condiciones propicias para el crecimiento ordenado de la economía nacional. Para ello se dotó al Banco Central de instrumentos que le daban un mayor control sobre la oferta de dinero (manejo de las tasas de interés y descuento, y facultad para establecer encajes), así como una participación en el crédito de fomento (designación de cupos de crédito en determinadas actividades sectoriales), acorde esta última función a la tesis prevaleciente de basar el desarrollo en el modelo de sustitución de importaciones. Como uno de los grandes legados de la Revolución de Octubre, la Ley Orgánica del Banco de Guatemala (Decreto Número 215 del Congreso de la República de Guatemala, del 11 de diciembre de 1945) le confería la calidad de entidad autónoma dotada de amplias facultades en el uso de instrumentos de política para contrarrestar los vaivenes cíclicos de la economía.

Conjuntamente con la Ley Monetaria y la Ley de Bancos, la Ley Orgánica del Banco de Guatemala conformaba un cuerpo armonioso de legislación financiera que dotaba al país de un marco legal a la altura de las que entonces eran las más modernas teorías y técnicas financieras, tal como fue el caso en muchos países de Latinoamérica que alrededor de esas épocas adoptaron también regímenes legales similares al guatemalteco, inspirados en las nuevas tendencias provenientes de Bretton Woods.



El proceso de concepción y redacción de las mismas fue arduo y no estuvo exento de obstáculos. De hecho, desde los albores de la Revolución, la Junta Revolucionaria emprendió la tarea de reformar el sistema financiero, emitiendo a principios de 1945 una Ley Monetaria y una Ley del Banco Central; la vida de estas dos leyes fue muy breve, dado que el equipo técnico dirigido por el Doctor Noriega Morales consideró que las mismas no habían sido elaboradas con el cuidado debido ni contenían los preceptos adecuados que, finalmente, fueron incorporados en las nuevas leyes redactadas con la asesoría de los expertos internacionales, las que, con diversos cambios a través del tiempo, regularon al sistema de banca central durante más de cincuenta cinco años.

La aprobación de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala por parte del Congreso de la República de Guatemala implicó un esfuerzo especial por parte de las autoridades del Ejecutivo. Es sabido que existieron temores por parte del Doctor Noriega Morales respecto a que la ley fuera a ser modificada indebidamente durante su discusión legislativa, lo cual hizo del conocimiento del presidente Arévalo.

“En tal virtud, el sistema bancario guatemalteco se encuentra conformado por 29 bancos privados nacionales (3 de ellos se encuentran sujetos a intervención administrativa dictada por la Junta Monetaria), 2 bancos estatales, uno de los cuales se encuentra en proceso de liquidación, 2 sucursales de bancos extranjeros y 19



sociedades financieras privadas (la Superintendencia de Bancos solicitó a la autoridad competente se declarara la quiebra de una de ellas en el año 2000)".²⁴

Estas instituciones se rigen por el contenido de la Ley de Bancos, de la Ley de Sociedades Financieras Privadas, leyes específicas en el caso de las entidades estatales y mixtas y en lo aplicable por la Ley Orgánica del Banco de Guatemala. En lo que se refiere a las proporciones mínimas de capital se cuenta con el Artículo 20 de la Ley de Bancos, aplicable a las Sociedades Financieras Privadas, en el que señala que el monto mínimo de patrimonio requerido a todas las instituciones es del 10% aplicado en forma ponderada al riesgo a sus activos y contingencias.

En este mismo Artículo se señala que el patrimonio computable se integra por una porción de capital primario y otra de capital complementario, identificando claramente los rubros que conforman cada uno de los renglones mencionados, estableciendo también un máximo de capital complementario aceptable dentro de la estructura del patrimonio computable. Sobre este tema es importante señalar que los bancos estarán alcanzado el nivel mencionado en el mes de septiembre del presente año y las sociedades financieras privadas en marzo de 2003. Se considera muy atinada la decisión de haber dejado abierta la posibilidad para que la Junta Monetaria incremente el nivel de requerimientos a solicitud de la Superintendencia de Bancos, con lo que se hace factible incorporar las enmiendas que el Comité ha emitido y que tienen como efecto mejorar la medición del riesgo y que éste sea adecuadamente cubierto a través

²⁴ Informe del Banco de Guatemala, folleto s-f. del año 2000.



de patrimonio efectivo. En lo que se refiere al órgano supervisor, el último párrafo del Artículo 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que es la Superintendencia de Bancos la institución que tiene a su cargo ejercer la supervisión del sistema bancario, norma que es desarrollada a través de los Artículos 43 al 52 de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, definiéndose en ellos a la Superintendencia de Bancos como “un órgano de banca central, eminentemente técnico, que actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria y ejerce la vigilancia e inspección del Banco de Guatemala, bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga. El Superintendente de Bancos es la autoridad administrativa superior de la Superintendencia de Bancos y es nombrado por la Junta Monetaria para un período de cuatro años”.

Con respecto a los requerimientos de capital, el Superintendente de Bancos, legalmente, puede solicitar la constitución de reservas o provisiones en proporciones que excedan el 10% mínimo que señala el Artículo 20, si a su juicio las inversiones a que se refiere el mismo Artículo fueren de recuperación dudosa. Esta facultad está contenida en el Artículo 21 de la Ley de Bancos.

A la fecha se han conocido cuatro importantes quiebras e intervenciones bancarias, la del Banco Empresarial en febrero del dos mil uno, la del Banco Metropolitano en marzo del mismo año, así como la del Banco Promotor en marzo del dos mil, y últimamente, la del Banco del Café.

2.2.2. Definición de derecho bancario

“El Derecho bancario es un Derecho informativo, delimitado subjetivamente por el empresario bancario, que agrupa un conjunto de normas heterogéneas, las cuales regulan el estatuto de los intermediarios del mercado bancario y sus operaciones típicas. En ese conjunto de normas se aprecian distintas naturalezas y funciones, existe una dualidad de normas, dos dimensiones fundamentales, una institucional y otra funcional. La dimensión institucional regula el estatuto profesional de los intermediarios en el mercado bancario, son normas de Derecho público, de Derecho administrativo económico, de observancia obligatoria (*ius cogens*), abarcan la creación, funcionamiento, cesación y crisis de las entidades de crédito con el fin de garantizar su estabilidad, preservando el correcto funcionamiento del sistema bancario. La dimensión funcional regula la actividad bancaria a través de las operaciones y los contratos bancarios, son normas predominantemente de Derecho privado, en las que además de las normas de carácter dispositivo se van introduciendo normas de carácter imperativo, cuyo objeto es la protección del cliente bancario, más aún si éste es consumidor”.²⁵

2.2.3. Características del derecho bancario

Por último y no por eso menos importante hay que referirse a las características que de la lectura de la anterior exposición se han ido dilucidando y que han permitido formar una idea generalizada sobre lo que el derecho bancario es y su importancia.

²⁵ RUÍZ TORRES, Humberto Enrique. **Derecho bancario**. Pág. 354.

2.2.4. Características del sistema bancario

“Existe un fin principal de los bancos que es el de resguardar fondos de dinero ajenos en forma de depósitos, así como el de proporcionar cajas de seguridad, operaciones denominadas de pasivo. Por la salvaguarda de estos fondos, los bancos cobran una serie de comisiones, que también se aplican a los distintos servicios que los bancos modernos ofrecen a sus clientes en un marco cada vez más competitivo: tarjetas de crédito, posibilidad de descubierto, banco telefónico, entre otros. Sin embargo, puesto que el banco puede disponer del ahorro del depositante, remunera a este último mediante el pago de un interés. Se puede distinguir varios tipos de depósitos, entre ellos:

1. Los depósitos pueden materializarse en las denominadas cuentas corrientes: el cliente cede al banco unas determinadas cantidades para que éste las guarde, pudiendo disponer de ellas en cualquier momento. Tiempo atrás, hasta adquirir carácter histórico, este tipo de depósitos no estaban remunerados, pero la creciente competencia entre bancos ha hecho que esta tendencia haya cambiado de forma drástica en todos los países occidentales.
2. Los bancos ofrecen cuentas de ahorro, que también son depósitos a la vista, es decir, que se puede disponer de ellos en cualquier momento. Los depósitos y reintegros se realizan y quedan registrados a través de una cartilla de ahorro, que tiene carácter de documento financiero. La disponibilidad de este tipo de depósitos

es menor que la de las cuentas corrientes puesto que obligan a recurrir a la entidad bancaria para disponer de los fondos, mientras que las cuentas corrientes permiten la disposición de fondos mediante la utilización de cheques y tarjetas de crédito.

3. Hay que mencionar las denominadas cuentas a plazo fijo, en las que no existe una libre disposición de fondos, sino que éstos se recuperan a la fecha de vencimiento aunque, en la práctica, se puede disponer de estos fondos antes de la fecha prefijada, pero con una penalización (la remuneración del fondo es menor que en el caso de esperar a la fecha de vencimiento).
4. Existen los denominados certificados de depósito, instrumentos financieros muy parecidos a los depósitos o cuentas a plazo fijo; la principal diferencia viene dada por cómo se documentan. Los certificados se realizan a través de un documento escrito intercambiable, es decir, cuya propiedad se puede transferir.
5. Por último, dentro de los distintos tipos de depósitos, los depósitos de ahorro vinculado son cuentas remuneradas relacionadas con operaciones bancarias de activo (es el caso de una cuenta vivienda: las cantidades depositadas deben utilizarse para un fin concreto, como es el caso de la adquisición de vivienda en nuestro ejemplo).²⁶

²⁶ RUÍZ TORRES, Humberto Enrique. Ob. Cit. Pág. 362.



Los bancos, con estos fondos depositados, conceden préstamos y créditos a otros clientes, cobrando a cambio de estas operaciones (denominadas de activo) otros tipos de interés. Estos préstamos pueden ser personales, hipotecarios o comerciales. La diferencia entre los intereses cobrados y los intereses pagados constituye la principal fuente de ingresos de los bancos.

2.2.5. Clasificación de la banca y otras instituciones financieras

El sistema bancario de un país es el conjunto de instituciones y organizaciones públicas y privadas que se dedican al ejercicio de la banca y todas las funciones que son inherentes.

La banca o sistema bancario, es el conjunto de instituciones que permiten el desarrollo de todas aquellas transacciones entre personas, empresas y organizaciones que impliquen el uso de dinero. Dentro del sistema bancario se puede distinguir entre banca pública y banca privada que, a su vez, puede ser comercial, industrial o de negocios y mixta. La banca privada comercial se ocupa sobre todo de facilitar créditos a individuos privados. La industrial o de negocios invierte sus activos en empresas industriales, adquiriéndolas y dirigiéndolas. La banca privada mixta combina ambos tipos de actividades. "Los bancos son instituciones públicas o privadas que realizan actos de intermediación profesional entre los dueños de dinero y capital y los usuarios de dicho dinero y capital. Es decir, los bancos actúan en el mercado de dinero y capitales".²⁷

²⁷ RUÍZ TORRES, Humberto Enrique. *Ob. Cit.* Pág. 366.



Algunas de las funciones de los bancos son:

- I. Recibir depósitos en dinero del público en general.
- II. Otorgar créditos a corto y largo plazo.
- III. Manejar cuentas de cheques, de ahorro, de tarjetas de crédito (y lo relacionado con ellas) etc.
- IV. Recibir depósitos de los siguientes documentos: certificados financieros, certificados de depósito bancario, etc.
- V. En el funcionamiento los clientes depositan su dinero en las instituciones bancarias y adquieren un derecho a pedir al banco cierto tipo de cuenta (cheques, a corto plazo, a largo plazo, tarjeta de crédito etc.). El banco por su parte adquiere una obligación con los depositantes, pero también el derecho de utilizar esos de depósitos en la forma que más conveniente.
- VI. En un sistema bancario existen diferentes tipos de bancos que tratan de cubrir todas las necesidades financieras de la economía de un país.

Según el sector social:

- i. Bancos públicos: Son organismos creados por el gobierno federal con el objetivo de atender las necesidades de crédito de algunas actividades que se consideren básicas para el desarrollo de la economía de un país.
- ii. Bancos privados: Son también llamados bancos comerciales y son instituciones cuya principal función es la intermediación habitual que efectúan en forma masiva y profesional el uso del crédito y en actividades de banca.



- iii. Bancos mixtos: Actúan como bancos comerciales en la intermediación profesional del uso del crédito y actividades ligadas al ejercicio de la banca.
- iv. Bancos de ahorro: Son aquellas instituciones cuya función principal es recibir depósitos de ahorro del público.
- v. Bancos de depósito: Son aquellas instituciones cuya función principal es la de recibir del público en general depósitos bancarios de dinero retirables a la vista mediante la expedición de cheques a su cargo.
- vi. Bancos financieros: También conocidos como bancos de inversión, son los que tienen la finalidad principal de atender necesidades de financiamiento a largo plazo del sector productivo de la economía.
- vii. Bancos de capitalización: Instituciones cuya función principal es la colocación de capitales mediante contratos que celebra con el público por medio de títulos públicos de capitalización.

2.2.6. Instituciones del sistema bancario

“Se encuentran como fundamentales las siguientes:

- a) El cobro de intereses es el pago de los deudores o cuenta habientes por un interés a un préstamo.
- b) Recibir dinero de ahorradores. Como sabemos la mayor parte del dinero de los bancos viene por los depósitos de los ahorradores.

- c) El encaje legal es un depósito que los bancos tenían la obligación de entregar al banco central para que éste pudiera asegurara la existencia de fondos en efectivo a los bancos comerciantes, de tal manera que estos últimos pudieran enfrentar, cuando se necesitara, el retiro de grandes volúmenes de efectivo por parte de los cuenta habientes.
- d) El coeficiente de liquidez del banco viene dado por el porcentaje de activos líquidos sobre pasivos; para un banco, éste estará determinado por la proporción de activos en efectivo sobre el total de activos, y a veces está sujeto a la regulación gubernamental. grado de disponibilidad con la que los diferentes activos pueden convertirse en dinero (el medio de pago más líquido de todos los existentes).
- e) La oferta de dinero es un instrumento básico - también lo es de la política económica - y es lo que un gobierno ejerce sobre el control de la creación de créditos y de dinero por el sistema bancario, a través de su sistema de finanzas”.²⁸

2.2.7. Objetivos del sistema bancario

“Los principales objetivos son:

- a) Controlar las tasas de interés bancarias.
- b) La emisión y control de dinero, bonos, divisas y otros títulos de valor.

²⁸ RUÍZ TORRES, Humberto Enrique. **Ob. Cit.** Pág. 374.

- c) Prestarse como fondo de apoyo a la economía de un país.
- d) Poner en circulación los signos monetarios.
- e) Poner fijas las tasas de interés de las instituciones bancarias de acuerdo a sus necesidades”.²⁹

2.2.8. Instituciones que lo regulan

La Superintendencia de Bancos como ente público encargado de la supervisión financiera en Guatemala. “La Superintendencia de Bancos, organizada conforme a la Constitución Política de la República de Guatemala, Ley de Supervisión Financiera, Ley Orgánica del Banco de Guatemala, La Ley Monetaria y las demás leyes, es el órgano que ejercerá la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga. La Superintendencia de Bancos es un órgano de la Banca Central y la dirección de la misma está ejercida por la Junta Monetaria”.³⁰ La Superintendencia de Bancos está organizada de acuerdo a la Ley de Supervisión Financiera, Decreto 18-2002 del Congreso de la República de Guatemala y sus reglamentos internos, aprobados por la Junta Monetaria.

Según los Artículos 1 y 2 de la Ley de Supervisión Financiera, la Superintendencia de Bancos es un órgano de Banca Central, organizado conforme a esta ley; eminentemente técnico, que actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria y

²⁹ RUÍZ TORRES, Humberto Enrique. *Ob. Cit.* Pág. 377.

³⁰ www.sib.com.gt/m. Día de consulta: 8-9-2015.



ejerce la vigilancia e inspección del Banco de Guatemala, bancos, sociedades financieras, instituciones de crédito, entidades afianzadoras, de seguros, almacenes generales de depósito, casas de cambio, grupos financieros y empresas controladoras de grupos financieros y otras.

La Superintendencia de Bancos tiene plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, goza de la independencia funcional necesaria para el cumplimiento de sus fines, y para velar porque las personas sujetas a su vigilancia e inspección cumplan con sus obligaciones legales y observen las disposiciones normativas aplicables en cuanto a liquidez, solvencia y solidez patrimonial. La función de supervisión no implica que la Superintendencia de Bancos adquirirá responsabilidades sobre las operaciones de las entidades bajo su vigilancia.





CAPÍTULO III

3. El delito de lavado de dinero u otros activos

3.1. Aspectos considerativos

Las distintas sociedades del mundo han tenido que soportar la forma en que ha buscado el crimen organizado para cometer ilícitos o realizar actos que no se encuentran ajustados a la ley, como sucede en el presente caso. El lavado de dinero, es una práctica, que se realiza desde hace varios años, de manera fraudulenta. La idea central del lavado de dinero, es el lavar dinero mal habido, por eso se denomina lavado, porque se trata de un dinero aparentemente sucio.

Se entiende también que existe una gran mayoría de este dinero o capitales de dinero que provienen de actividades ilícitas, como sucede en el caso del terrorismo, narcotráfico, tráfico ilícito de armas para cometer hechos delictivos, etc.

Se sabe que en términos generales, las personas que se dedican a éste negocio, realizan actividades empresariales paralelas, como negocios lícitos, a los cuales les inyectan estos dineros mal habidos, para que puedan circular de manera lícita por el sistema financiero del país. Los sujetos activos de este tipo de ilícitos se dedican al lavado de dinero, y lo realizan por medio de los bancos o entidades financieras, las cuales han proliferado por el mundo, debido a diversas reformas de ahorro e inversión. Por lo mismo, es que se utiliza a estas entidades, ya que son demasiadas.



El delito de lavado de dinero es un delito de impacto social, pues a través de su realización o ejecución se suscitan una serie de ilícitos que involucra la vida, la integridad física, la libertad de acción, la tranquilidad, y se desencadenan otros ilícitos más.

Sin embargo, se le ha atribuido que surge con el auge del narcotráfico y las actividades ilícitas relacionadas con el mismo, y que derivado de su implementación en los países del mundo, es que se ha regulado en la legislación guatemalteca recientemente.

Se ha determinado también que se trata de un delito transnacional, pues si se toma en consideración lo que sucede en el área centroamericana aunado al hecho de que muchos de estos países han sido utilizados como lugares de paso por también sus territorios han sido utilizados para el trasiego de droga hacia los grandes países consumidores de la misma, lo cual obedece entre otras cosas a la debilidad y poca estabilidad de las economías y sistemas financieros de estos países.

La Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos constituye un instrumento de control por parte del Estado contra el crimen organizado, establece el delito de Lavado de Dinero u Otros Activos como un delito dependiente de la comisión de otro hecho ilícito, pues su finalidad es atacar las ganancias provenientes de ese hecho ilícito

Se ha estudiado lo dicho por expertos en el tema respecto a los antecedentes, y una gran mayoría de ellos coincide en que el delito de lavado de dinero y que en otros

países como Colombia, República Dominicana, Puerto Rico y Cuba, le denominan limpiar dinero, surge en la Edad Media, cuando la Iglesia Católica proscribió la usura, tipificándola no sólo como delito al igual que se ha hecho con el tráfico de drogas en días sino como pecado mortal. Se dice que “los mercaderes y prestamistas decididos a cobrar intereses por los préstamos otorgados innovaron prácticas muy diversas que anticipan las modernas técnicas de ocultar, desplazar y limpiar el producto del delito. Su objetivo evidente era hacer desaparecer por completo los cobros por concepto de intereses ocultando su existencia o hacerlos aparentar ser algo que no era disfrazar su índole. Este engaño podía efectuarse de diversos modos cuando los mercaderes negociaban pagos a distancia; se les ocurría elevar artificialmente los tipos de cambio para que cubrieran al mismo tiempo el pago de los intereses. Llegado el caso, alegaban que los intereses cobrados no eran sino una prima especial cobrada para compensar el riesgo; disfrazaban los intereses en forma de penalidad cobrada por la mora en el pago, conviniendo el prestamista y el prestatario por adelantado en la mora en que se incurriría; pretendían que los pagos de intereses no eran sino beneficios recurriendo a artificios similares a lo que hoy se llamarían empresas ficticias o empresas pantalla (empresas que carecen de toda función real); prestaban capital a una empresa que recuperaban con beneficios, en lugar de intereses, aun cuando no hubiera habido beneficios”.³¹

La expresión lavado de dinero empezó a utilizarse a principios del siglo XX para denominar las operación que de alguna manera intentan dar carácter legal a los fondos

³¹ BAGELLA, Michelle. **Análisis comparativo de las legislaciones y las medidas contra el lavado de dinero proveniente de actividades ilícitas en cinco países latinoamericanos.** Pág. 2.

producto de operaciones ilícitas, para facilitar su ingreso al flujo monetario de una economía. Frente a esta realidad, las entidades de vigilancia, control e inspección se vieron obligadas a definir medidas y a establecer prioridades para obstaculizar la limpieza de dichos ingresos de la delincuencia a través del sector financiero y el sector real de la economía. La costumbre de utilizar prácticas para disfrazar ingresos provenientes de actividades ilícitas se remonta a la Edad Media, cuando la usura fue declarada delito. Mercaderes y prestamistas burlaban entonces las leyes que la castigaban y la encubrían mediante ingeniosos mecanismos.

El inicio de la piratería y de las guaridas de sus practicantes, es más antiguo aún. Se sabe que en el año 67 A.C., Pompeyo emprendió una expedición contra los piratas del Mediterráneo que privaban de víveres a Roma. Cilici era entonces, la guarida tradicional de los piratas. Los refugios financieros, moderna versión de aquellas guaridas, son el complemento indispensable para coronar prácticas de operaciones dudosas o abiertamente fraudulentas que se han abierto paso en el mundo, en la medida en que el lavado de dinero progresa. Los piratas fueron pioneros en la práctica del lavado de oro y el blanco de sus ataques fueron las naves comerciales europeas que surcaban el Atlántico durante los siglos XVI y XVIII. A la piratería clásica le añadieron matices propios los bucaneros y los filibusteros, cuya existencia no hubiera sido posible sin la ayuda, encubierta en un comienzo, de los gobiernos británico, francés y neerlandés. Es famoso el caso del pirata inglés Francis Drake, que fue armado caballero en su nave por la propia reina Isabel I de Inglaterra, como recompensa por sus exitosos asaltos a puertos y barcos españoles. En 1612, Inglaterra

ofreció a los piratas que abandonaran su profesión, un perdón incondicional y el derecho a conservar el producto de sus felonías. Tres siglos y medio después, la sociedad ha sido testigo de intentos similares por parte de los hoy llamados varones de la droga, para lograr algún tipo de indulto”.³²

A pesar de todo lo anterior, es de considerar que en la actualidad, tal como se encuentran las leyes guatemaltecas, con el afán de contrarrestar el flagelo por parte de las autoridades, se han creado mecanismos de control para disponer de los bienes derivados de los ilícitos a través de la extinción de dominio, que se abordara más adelante, pero es de tomar en cuenta las implicaciones que ello tiene para un Estado de derecho en resguardo y garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos honorables. De acuerdo con lo anterior, respecto al ilícito, constituye el acto de distribuir el dinero mal habido, en la mayor cantidad de bancos, para que se lave y forme parte de la economía de un país, sin embargo, ese mismo hecho es constitutivo de delito.

También es importante señalar la lucha contra el lavado de dinero, en todo el mundo. Existen organismos gubernamentales, coordinados por todo el mundo, quienes de manera continua, estudian y analizan posibles ilícitos relacionados con esta actividad. Derivado del análisis anterior, se trata de un proceso para ocultar o disfrazar la existencia, el origen, o el uso de recursos generados a través de actividades ilícitas a efecto de integrarlos en la economía con apariencia de legitimidad.

³² MOMMSEN, Theodor. *Historia de Roma*. Pág. 2.



Dentro de los factores que se han tomado en cuenta en varias legislaciones con el fin de combatir el lavado de dinero, se pueden señalar los siguientes:

1. Se pretende a través de la creación de este delito no solo prevenir a nivel general de la población, sino de sancionar a los infractores, que a través de la utilización del sistema financiero y bancario nacional, pretenden lavar dinero sucio.
2. Para fomentar la libre competencia entre los agentes económicos, ya que las operaciones que se realizan con recursos de procedencia ilícita, no buscan la eficiencia económica.
3. Para mejorar la calificación de riesgo país, con el consecuente incremento en inversión.
4. Para evitar que los grupos criminales se filtren en las actividades económicas y políticas de un país.
5. Para proteger la seguridad nacional, derivado de que se evita que un dinero sucio ingrese al sistema bancario y financiero del país.

3.2. La Ley de Lavado de Dinero u Otros Activos

El derecho penal se encuentra en constante cambio, pudiera decirse que se trata de una disciplina jurídica que constantemente se encuentra en evolución, precisamente por las características de la sociedad, y en el tema del lavado de dinero y la Ley de Extinción de Dominio, es un claro ejemplo de ello.



Derivado de lo anterior, necesariamente aparecen nuevas figuras delictivas para proteger bienes jurídicos, tal el caso del delito de Lavado de Dinero u Otros Activos, el cual está contenido en la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto número 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, que entró en vigencia el 17 de diciembre del 2001.

3.3. La función de la Intendencia de Verificación Especial

La entidad tiene como función principal velar dentro del ámbito estrictamente administrativo, con el objeto y cumplimiento de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos y su reglamento, así como, el cumplimiento y objeto de la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo y su respectivo reglamento, con las funciones y atribuciones que en dichos cuerpos legales se establecen.

Dentro de las normas más importantes de señalar se encuentran las siguientes:

“ARTÍCULO 32. Creación. Se crea dentro de la Superintendencia de Bancos la Intendencia de Verificación Especial, que podrá denominarse solo como Intendencia o con las siglas –IVE-, que será la encargada de velar por el objeto y cumplimiento de esta ley y su reglamento, con las funciones y atribuciones que en los mismos se establece”.



“ARTÍCULO 33. Funciones. Son funciones de la Intendencia de Verificación Especial, las siguientes: a) Requerir y/o recibir de las personas obligadas toda la información relacionada con las transacciones financieras, comerciales o de negocios que puedan tener vinculación con el delito de lavado de dinero u otros activos. b) Analizar la información obtenida a fin de confirmar la existencia de transacciones sospechosas, así como operaciones o patrones de lavado de dinero u otros activos. c) Elaborar y mantener los registros y estadísticas necesarias para el desarrollo de sus funciones. d) Intercambiar con entidades homólogas de otros países información para el análisis de casos relacionados con el lavado de dinero u otros activos, previa suscripción con dichas entidades de memoranda de entendimiento u otros acuerdos de cooperación. e) En caso de indicio de la comisión de un delito presentar la denuncia correspondiente ante las autoridades competentes, señalar y aportar los medios probatorios que sean de su conocimiento u obren en su poder. f) Proveer al Ministerio Público cualquier asistencia requerida en el análisis de información que posea la misma, y coadyuvar con la investigación de los actos y delitos relacionados con el delito de lavado de dinero u otros activos. g) Imponer a las personas obligadas las multas administrativas en dinero que corresponda por las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones que les impone esta ley. h) Otras que se deriven de la presente ley o de otras disposiciones legales y convenios internacionales aprobados por el Estado de Guatemala”.

3.4. Medios de control utilizados por la Intendencia de Verificación Especial para erradicar el lavado de dinero u otros activos

La Intendencia de Verificación Especial, es un tipo de unidad que internacionalmente se conoce como Unidad de Análisis Financiero (UAF) de carácter administrativo, se rige según las disposiciones legales de la República de Guatemala vigentes respecto la materia del Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo.

Según el Decreto número 18-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Supervisión Financiera obliga a la Superintendencia de Bancos a supervisar y vigilar a las siguientes entidades:

- a) Bancos
- b) Afianzadoras
- c) Almacenadoras
- d) Arrendadores
- e) Compañías de seguros
- f) Casas de bolsa
- g) Casas de cambio
- h) Casas de empeño
- i) Empresas de canje de cheques
- j) Cooperativas de ahorro y crédito
- k) Financieras

- l) Financiadotas
- m) Administradoras de fondo de pensiones
- n) Empresas de factoraje
- o) Operadores de tarjetas de crédito
- p) Off-shore
- q) Empresas de transferencias de fondos
- r) Tarjetas de crédito
- s) Loterías, rifas y similares autorizadas por el Ministerio de Gobernación

3.5. Lo que sucede en la legislación comparada respecto al lavado de dinero y el secreto bancario

3.5.1. República de Chile

En Chile se encuentra la ley 20.406 que establece normas que permiten el acceso a la información bancaria por parte de autoridad tributaria, y que fue creada esta ley en el año 2009.

Dentro de los aspectos más importantes de señalar respecto a esta ley, se encuentran:

1. Esta ley reemplaza el Artículo 62 del Código Tributario por los Artículos 62 y 62 bis.



2. El Artículo 62 introducido por la citada ley señala los casos en que los Tribunales y el Servicio de Impuestos Internos están facultados para examinar la información relativa a las operaciones bancarias de personas determinadas y el Artículo 62 bis regula el procedimiento judicial a través del cual el Servicio de Impuestos Internos puede requerir autorización para acceder a ella si el titular no lo autoriza expresamente.

3. Esta reforma constituye un importante avance en materia de facultades de la Administración Tributaria chilena, por cuanto anteriormente la ley sólo permitía al Servicio de Impuestos Internos acceder a la información bancaria sometida a secreto o sujeta a reserva cuando el titular voluntariamente la facilitara o en los procesos por delitos tributarios, cuando el fiscal del Ministerio Público a cargo del caso efectuara el requerimiento y fuera autorizado judicialmente.

4. De esta manera, el Servicio cuenta ahora con una herramienta adicional para perseguir la evasión fiscal y para entregar información a autoridades extranjeras cuando procede en virtud de un convenio internacional.

5. En consecuencia, por aplicación de la ley N° 20.406, a partir del 1 de enero de 2010 y respecto de las operaciones bancarias que se realizaron a contar de esa fecha, el Servicio está facultado para acceder a la información bancaria de contribuyentes en los términos que esta disposición señala, los cuales se enuncian a continuación.
Acceso administrativo a información bancaria La ley establece la facultad del



Servicio, en ejercicio de sus atribuciones fiscalizadoras, de requerir la información relativa a las operaciones bancarias de personas determinadas, comprendiéndose todas aquellas sometidas a secreto o sujetas a reserva, que resulten indispensables para verificar la veracidad e integridad de las declaraciones de impuestos o la falta de ellas, en su caso. Asimismo, esta información puede ser solicitada por el Servicio: a. Si le es requerida por administraciones tributarias extranjeras, cuando ello haya sido acordado bajo un convenio internacional de intercambio de información. b. En el caso de requerimientos originados en el intercambio de información con las autoridades competentes de los Estados Contratantes en conformidad a lo pactado en los Convenios vigentes para evitar la doble imposición.

6. Para obtener la información requerida, el Servicio debe notificar al banco respectivo para que en un plazo determinado, el cual no puede ser inferior a cuarenta y cinco días, dé cumplimiento a lo solicitado. Tal requerimiento debe especificar el titular de la información que se solicita, así como las operaciones o productos bancarios o tipos de operaciones bancarias, y los períodos comprendidos en la solicitud, debiendo aclararse si el requerimiento se solicita para verificar la veracidad e integridad de las declaraciones de impuesto del contribuyente o la falta de ellas, en su caso, o bien para dar cumplimiento a un requerimiento de administraciones tributarias extranjeras u originado en el intercambio de información, de acuerdo a los convenios internacionales.

7. El banco, dentro de los cinco días siguientes de notificado, debe comunicar al titular de la información la existencia de la solicitud y su alcance. El titular puede

responder autorizando al banco a entregar la información a la administración tributaria, caso en el cual este último debe otorgarla sin más trámite. Si el titular no otorga autorización al banco o no responde dentro del plazo de quince días, el banco no puede dar cumplimiento al requerimiento. En estos casos, el Servicio podrá solicitar la autorización judicial para acceder a la información bancaria requerida, según se indica a continuación.

8. Solicitud de autorización judicial para acceder a la información bancaria una vez que el banco informa por escrito al Servicio que el titular de la información requerida se niega a otorgarla o no se ha pronunciado dentro del plazo establecido, el Servicio puede solicitar autorización judicial para acceder a ella ante el Tribunal Tributario y Aduanero correspondiente.
9. El Tribunal Tributario y Aduanero resolverá la solicitud, citando a las partes a una audiencia y, si lo estima necesario, abrirá un término probatorio por un plazo máximo de cinco días. En contra de la sentencia de primera instancia procede el recurso de apelación, el cual debe interponerse dentro del plazo de cinco días y para ser conocido por la respectiva Corte de Apelaciones.
10. Una vez acogida la pretensión del Servicio por sentencia judicial firme, éste debe notificar al banco, el que dispone del plazo de diez días para entregar la información solicitada. Información reservada La información bancaria sometida a secreto o sujeta a reserva obtenida por la administración tributaria bajo este procedimiento tiene el carácter de reservada, y sólo puede ser utilizada por ésta para verificar la



veracidad e integridad de las declaraciones de impuestos, o la falta de ellas, en su caso, para el cobro de los impuestos adeudados y para la aplicación de las sanciones que procedan. El Servicio está obligado a garantizar su reserva y controlar su uso adecuado.

11. Asimismo, la información así recabada que no dé lugar a una gestión de fiscalización o cobro posterior debe ser eliminada, no pudiendo permanecer en las bases de datos del Servicio.

3.5.2. República de México

En México se instaló el secreto bancario en el año 1897 a través de la Ley general de Instituciones de Crédito regulado en el Artículo 115: el hecho de prohibir a los interventores de la Secretaria de hacienda y Crédito Público, inferirse en la administración de los negocios de los bancos y comunicar a quien quiera que fuese, datos e informes relativos a ellos.

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



A través de las reformas a esta ley en el año 1936, se reitera la prohibición establecida en la Ley de 1925 y la amplía a las instituciones de fideicomiso, que se reglamentaban por ley especial.

La Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, en el Artículo 43 reprodujo las disposiciones de las dos leyes anteriores como sigue: las instituciones depositaras sólo darán noticias de los depósitos al depositante, a su representante legal, o a la autoridad judicial que las pidiera en virtud de providencia dictada en juicio.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (LICOA) vigente, en los Artículos 45, fracción X y 105, regula el secreto fiduciario en especial y el bancario en general, respectivamente.

El Artículo 105, precepto de carácter general, aplicable a toda clase de depósitos y de operaciones que se tramitan en los bancos, decía textualmente: Artículo 105. Las instituciones depositarias no podrán da noticias de los depósitos y demás operaciones, sino al depositante, deudor o beneficiario, a sus representantes legales o a quien tenga poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la o operación, salvo, cuando lo pidiera la autoridad judicial, en virtud de providencia dictada en juicio en el que el depositante sea parte o acusado. Los funcionarios de las instituciones de crédito serán en los términos de la ley, por violación del secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas, en caso de revelación del secreto, a reparar los daños y perjuicios que se causen.



Lo anterior, en forma alguna, afecta la obligación que tienen las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares de proporcionar a la Comisión Nacional bancaria y de Seguros, toda clase de información y documentos que, en ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, les solicite en relación con las operaciones que celebren.

Desde el 16 de enero de 1985, la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y de Crédito (LRB-85) en su Artículo 93, modificó aunque superficialmente el citado Artículo 105 de la LICOA, estableciendo: Artículo 93. Las instituciones de crédito en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos, servicios o cualquier otro tipo de operaciones, sino al depositante, deudor, titular o beneficiario que corresponda, a sus representantes legales o a quienes tenga otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio, salvo cuando las pidieren, la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular sea parte o acusado y las autoridades hacendarias federales, por conducto de la Comisión nacional Bancaria y de Seguros, para fines fiscales. Los servidores públicos de las instituciones de crédito serán responsables, en los términos de las disposiciones aplicables, por violación del Secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación del secreto, a reparar los daños y perjuicios que se causen. Lo anterior en forma alguna afecta la obligación que tienen las instituciones de crédito de proporcionar a la Comisión documentos que, en ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, les solicite en relación con las operaciones que celebren y los servicios que presten.



La primera parte del Artículo de referencia, modifica el texto del Artículo 105 de LICOA, ya citado para hablar no solo de depósitos y demás operaciones, sino de depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones, e incluye como excepción al secreto las solicitudes hechas por las autoridades hacendarías por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros para fines fiscales.

En México la Doctrina (29) amparada en las disposiciones citadas considera que el Secreto bancario protege: a) Las operaciones, cualquiera que sea su naturaleza. b) Todos aquellos datos confidenciales que en razón de la confianza y actividad profesional del banquero, le han sido confiados por sus clientes.

c) Todos aquellos datos que forman parte de la vida privada del Cliente, aún los de carácter moral.

Se estima, que no forman parte del secreto bancario aquellas cuestiones que son meramente de información general, que no comprenden datos específicos, y que, por otra parte, también pudieran obtenerse por otros medios de publicidad, pero aún así, el balance anual de una sociedad, que forma parte de la solicitud de un crédito, no obstante que se deposita en el Registro de Comercio, que es público y se envía para su publicación en el Diario Oficial y otro periódico de mayor circulación (como antes se hacía en nuestro medio), debe ser guardado en reserva por el banquero; en el mismo orden, los estados de pérdidas y ganancias, balances de comprobación, etc.

Asimismo, si se trata de balances o inventarios, formulados específicamente para los efectos de realizar una operación de créditos, éstos deben estar completamente amparados en el secreto bancario; aunque dicha operación nunca llegue a realizarse.

No quedan resguardados por el secreto bancario, los datos relativos al Servicio Nacional de Información de Créditos Bancarios (SENICREB); los datos que adicionalmente proporcione el cliente que no se refieran a su vida privada ni a cuestiones vinculadas en las operaciones celebradas con la institución y la información que el cliente expresamente autorice proporcionar a terceros.

3.5.3. República de Suiza

Suiza es peculiar para analizar al delito de lavado de dinero y lo que corresponde al secreto bancario, derivado de sus propias normas y naturaleza jurídica de las mismas. Dentro de los aspectos fundamentales de analizar con respecto de ello, se pueden señalar como prioritarias las siguientes:

La explicación de por qué los suizos se convertirían en un pueblo de banqueros, debe buscársela en su particular historia. 500 años antes de la Revolución Francesa los cantones rurales suizos se dedicaban a una singular exportación: la de hombres.

“Esos pobres cantones tenían invariablemente más habitantes de los que podían alimentar. De allí surgió la gran emigración de hombres que se colocaban como



mercenarios en todos los ejércitos de Europa. El negocio de los mercenarios suizos estaba organizado. En cada cantón había oficiales notables y jefes de antiguas familias a cuyo mando servían compañías bien armadas y disciplinadas. Cuando esos mercenarios se iban, dejaban sus ahorros a los comerciantes y cuando regresaban traían nuevos fondos. La administración de esos ahorros y de las pensiones de los mercenarios, convirtieron a esos comerciantes en administradores de ahorros: es decir, en banqueros”.³³

Además, la multiplicidad de monedas que circulaban en los distintos cantones, hizo de esos comerciantes hábiles cambistas. A finales del siglo XVII la ciudad de Ginebra se convirtió en el asilo de los protestantes hugonotes expulsados de Francia por Luís XIV. Muchos eran ricos comerciantes y banqueros, que se radicaron en la apacible Ginebra. Allí instalaron sus bancos y desde allí no tuvieron inconvenientes en financiar al mismo Luís XIV. Uno de estos banqueros famosos fue Samuel Bernard, cuya quiebra en 1709 tuvo fuerte repercusión en toda Francia, arrastrando en su caída al poderoso centro financiero que era la ciudad de Lyon.

La neutralidad suiza en las continuas guerras convirtió a Ginebra en un centro único de transmisión de fondos, desplazando a los banqueros extranjeros instalados en París. La ciudad de Ginebra era gobernada por un Consejo, dominado por banqueros y sancionó en 1713 una norma legal que prohibía a los banqueros mostrar sus registros a

³³ FEHRENBACH. T.H. **Los bancos suizos**. Pág. 26.



cualquier persona que no fuera el propio cliente, consagrando así en forma expresa el secreto bancario.

A la caída de la monarquía en Francia, ginebra fue el refugio de los dineros franceses que huían de la Revolución. Posteriormente, en Alemania, miles de alemanes, judíos y otros al tener conocimiento de que Hitler se disponía a suprimir las libertades civiles, se apresuraron a transferir sus capitales a los bancos de toda Suiza, con la confianza de que la Banca de este país resistiría cualquier presión que se hiciera sobre éste particular. Adolfo Hitler despreciaba a los bancos y los negocios, tanto arios como no arios. La simbiosis entre el capital alemán y los bancos helvéticos lo irritaba desde hacía mucho tiempo, y en 1933 el régimen nazi ordenó que todo ciudadano alemán con tenencias en el extranjero las declarase. La pena por la omisión era la muerte.

Las industrias alemana y helvética habían crecido juntas en el siglo XIX; Alemania fue el cliente principal de Suiza, y el Carbón, el hierro y el trigo alemanes suplementaban las carencias helvéticas de los tres Artículos. Varios de los bancos suizos más grandes hacían la mayoría de sus inversiones en Alemania. Las relaciones entre alemanes y suizos eran puramente de negocios; la política, la religión y el nacionalismo nunca entraban en el cuadro. Hitler estaba decidido a controlar estas relaciones; tenía, además, otra sospecha obsesionante, la de que miles de judíos y de otras razas estaban sacando su dinero de Alemania, por medio de los bancos suizos. Como era obvio, agentes del gobierno alemán fueron enviados a Suiza con instrucciones de recurrir a cualquier medio para lograr su fin; sus técnicas fueron tan diabólicas como



inteligentes. En un famoso e importante caso, una distinguida y preciosa empleada de un banco suizo hizo comentarios indiscretos a su prometido sobre la identidad de algunos depositantes, posteriormente, éste fue descubierto como un agente de la Gestapo. Además de perder el capital depositado, los desafortunados clientes y sus familiares tuvieron que visitar los campos de concentración nazis de donde, obviamente, desaparecieron sin dejar rastro.

Una vez corrompida la justicia alemana, en casos de traición, su actuación era completamente arbitraria; podía usar amenazas, arrestos nocturnos y torturas, contra hombres que tenían cuentas suizas o de quienes se tenían fuertes sospechas de que las poseían. Bajo tortura o amenaza de ella, los alemanes con dinero en bancos helvéticos revelaban los nombres de las instituciones, sumas, códigos cablegráficos, todo.

Si el depositante era prominente o se hallaba situado en una posición elevada, era suficiente una visita de la Gestapo para hacerlo confesar. Revelaba todo y escapaba benignamente, con una multa o confiscación. Si el depositante era judío o se mostraba obstinado, estaba en dificultades serias. Lo menos que le esperaba era un campo de concentración. Tres alemanes cuyas cuentas fueron descubiertas por la Gestapo, fueron sometidos a juicio público en Alemania y ejecutados. Cuando las autoridades alemanas comenzaron a utilizar los datos proporcionados por agentes de la Gestapo, los Bancos suizos empezaron a ser inundados con llamadas telefónicas desde Alemania. Los depositantes llamaban suplicando que se les enviara su dinero; con frecuencia, un oficial alemán estaba, escuchando la conversación. Llegaban de



Alemania cables, codificados apropiadamente, pidiendo la devolución de todos los depósitos, o su pago a ciertas cuentas que se sabía, pertenecían al gobierno alemán. En otros casos, el mismo depositante entraba al banco, donde en ocasiones era bien conocido, con un extraño detrás, y pedía saldar su cuenta.

Los bancos suizos reaccionaron con rapidez, los grandes bancos se negaron a entregar fondos solicitados por teléfono o cable, hasta que se hacían investigaciones discretas por medio de los consulados suizos o las compañías helvéticas de negocios en Alemania. Si llegaba un telegrama de un depositante que había desaparecido recientemente, o con quien no podía comunicarse en persona un representante de confianza, los bancos rehusaban enviar dinero. Se estableció como regla que no se daría dinero a ningún depositante, o no se discutiría negocios con él, en presencia de una tercera persona; las presiones morales sobre los banqueros Suizos eran terribles. Si llegaba a un banco un cable, codificado y enviado adecuadamente, cualquier cosa que hicieran podía ser un desastre para el depositante. Una simple contestación podía sentenciarle a muerte, bajo las leyes nazis; la remisión de dinero era prueba a primera vista de culpa. Pero la retención de fondos, propiedad legítima del depositante, con base en que estaba siendo obligado a pedirlos, también podía dar por resultado una tortura horrible y prolongada del cliente involucrado. Finalmente la Asociación de Banqueros expidió instrucciones de que, en caso de duda, el banco no debía hacer ni admitir nada.



Los bancos suizos no podían evitar lo que estaba sucediendo a sus depositantes en Alemania; pero sí impedir que los nazis pusieran sus manos sobre el dinero. La reacción del gobierno suizo a los continuos esfuerzos de la Gestapo para violar el secreto de los bancos suizos, fué rápida, segura y característica. El Consejo Nacional ratificó en 1934 un nuevo Código Bancario Suizo que por primera ocasión en la historia ponía el principio del Secreto Bancario bajo la protección oficial de la ley penal.

La codificación del Secreto Bancario en una ley sirvió a tres propósitos inmediatos: 1) Expuso a Suiza ante el mundo y sus gobiernos: los depósitos extranjeros serían protegidos. 2) Protegió al banquero y le dió un código legal y moral al cual adherirse: se le ordenaba no hablar y sería castigado si lo hacía. 3) Se satisfizo el temor de los suizos respecto a su gobierno; ya que éste fue aplicado específica y deliberadamente a todo el gobierno.

El Código Bancario Suizo del 8 de noviembre de 1934, revisado el 11 de marzo de 1971, en el Artículo 47 establece: "1. Quien divulgue un secreto confiado a él en su condición de oficial, empleado, agente autorizado, liquidador o comisionista de un banco, o como un representante de la Comisión bancaria, oficial o empleado de una reconocida compañía de auditoria, o quien haya tenido conocimiento de tal secreto en esta naturaleza, sobre estas bases y quien trate de inducir a otros a violar el secreto profesional serán castigado con prisión por un término que no exceda a 6 meses o con una multa que no exceda de 50,000 francos suizos. 2. Si el acto ha sido cometido por negligencia, la pena será una multa que no exceda de 30,000 francos suizos. 3. La



violación del secreto profesional es punible aún después de la terminación de la relación del funcionario o empleado o del ejercicio de la profesión.

Las regulaciones federales o cantonales referentes a la obligación de testificar y suministrar información a una autoridad gubernamental, continúan vigentes."

La norma anterior fue reforzada con el Artículo 273 del Código Penal suizo que reza: Cualquiera que investigue secretos comerciales con el propósito de hacerlos accesibles a gobiernos extranjeros, a empresas extranjeras o a organizaciones extranjeras o a sus agentes, o cualquiera que haga que tales secretos comerciales sean accesibles a gobiernos extranjeros, organizaciones o empresas privadas o a sus agentes será por ellos castigado con prisión.

Los suizos habían tenido lo suficiente de hombres de la Gestapo y espías extranjeros. Bajo el Artículo 47 y particularmente el Artículo 273, numerosos ciudadanos helvéticos fueron encarcelados después de 1934. Un número no pequeño de extranjeros han sido expulsados.

El director de un banco podía ser encarcelado nada más por revelar la existencia de una cuenta bancaria sin autorización de la cuenta habiente. La ley se aplicaría si la persona a quien la revelara fuera el mismo presidente de la Confederación. Ningún gobierno suizo ha intentado revocar ésta ley o exceptuar de ella a agencias de los gobiernos federal suizo o cantonal. Cualquiera de dichos intentos sería obstaculizado en el Nationalrat por los intereses de los bancos. Las votaciones helvéticas han



demostrado todavía más decisivamente que, incluso si el Nationalrat aprobara esta ley, sería revocada en forma abrumadora por referencia nacional. Tal como sucedió en 1979, cuando se sometió a referéndum de la población una reforma tendiente a limitar el secreto bancario, ésta, como era obvio fue rechazada.

El secreto bancario fue codificado debido a las presiones, pero nació de la naturaleza helvética. Siempre es posible que un suizo autorice a su banco a dar cierta información al recaudador de impuestos, pero pocos prefieren hacerlo.

Esta aplicación universal del secreto bancario ha sido muy criticada en otras naciones, particularmente en aquellas cuyos gobiernos han buscado información concerniente a sus propios súbditos. Algunas de éstas no pueden comprender que las autoridades suizas no tienen facultades para cambiarla, aunque desearan hacerlo. Sin embargo, el secreto bancario tiene que ceder a las presiones de la ley criminal helvética. Las cortes han sostenido que no puede ser invocado para ocultar dinero robado o delitos cometidos, de acuerdo con los códigos criminales suizos. En dichos casos, los bancos deben cumplir las órdenes de las cortes helvéticas, de proporcionar información. Pero aquí surge un problema que ha sido motivo de irritación extremada y malos sentimientos entre los helvéticos y muchos otros gobiernos; en Suiza las cuestiones de impuestos, aunque están en teoría bajo la ley civil o penal, en la mayoría de los cantones son tratados como detalles administrativos entre los ciudadanos y el Estado.



Como los problemas domésticos de impuestos no son perseguidos normalmente bajo la ley civil o criminal, la Suprema Corte Suiza dictaminó que ningún tribunal helvético podía asistir a una autoridad extranjera en cualquier procedimiento basado en ingresos, impuestos, moneda extranjera o delitos políticos.

En la práctica real, los gobiernos extranjeros solicitan con frecuencia a las autoridades helvéticas información pertinente, especialmente en el caso de procesos criminales donde el delito es contrario tanto a la ley suiza como a la extranjera. El robo de un banco o la estafa es un caso tal. Informadas del robo a un banco, o de la sospecha del paso de dinero robado a Suiza, las autoridades helvéticas siempre han cooperado. Pero la información requerida no debe tener ninguna relación, en ningún modo, con cuestiones fiscales o de impuesto extranjeras.

Por ejemplo, en la década de 1950, parte del producto del robo a un banco de Canadá halló su camino hasta Suiza. Informada de los números de serie, la policía helvética notificó a todos los bancos. Cuando aparecieron algunos billetes, el banco en cuestión avisó a la policía, la cual notificó a la Interpol. El depositante suizo fue rastreado gracias a esta colaboración y, al fin, el caso fue resuelto y los ladrones llevados ante la justicia. Los helvéticos cooperaron con detalle, comprensiblemente, los robos a bancos son un delito muy grave en Suiza.

Las cortes suizas han tomado la posición de que en cualquier caso en que un banquero tenga cualquier duda respecto a sus obligaciones, debe negar cualquier



información. A ningún helvético le gusta la idea de que alguien por alguna razón, tenga acceso a su cuenta bancaria y este prejuicio invade a toda la sociedad suiza. El auge de las cuentas anónimas o numeradas ilustra esto. Los banqueros de la Confederación inventaron la cuenta numerada como un medio de dar a un cliente un poco más de reserva, particularmente al cliente de un país extranjero donde los depósitos en un banco suizo eran un crimen. En vez de su nombre, era asignado a su expediente un número de cuatro dígitos; en lugar de José López, de Barcelona, o Alfonse Schlumberger, de París, se convertía en el número 4040. Por supuesto, el banco tenía que saber el nombre y la dirección del cliente, pero esta información se limitaba a dos o cuando más tres funcionarios del banco. Era ocultada con cuidado a dependientes y otros empleados del banco. En este sentido, no había ninguna cosa como una cuenta anónima auténtica, pero este sistema reducía grandemente las posibilidades de una delación accidental, por parte de un empleado del banco, o del cohecho por un cliente extranjero. El número aparecía en todas las declaraciones u hojas de balance, y se convertía en la firma bancaria del cliente. La utilizaba tanto para su correspondencia como para extender cheques. Con frecuencia era elaborada para su uso en cables de ultramar, en tal forma que incluso el mismo número era inidentificalbe para cualquiera, sin la clave adecuada.

Cuando los hombres de la Gestapo entraron en acción en Suiza, la cuenta numerada comenzó a tener atractivos obvios. El hecho de que nada más los funcionarios principales supieran el nombre correspondiente a una cuenta numerada, hizo inmensamente más difícil que los agentes extranjeros o los hombres de los



departamentos de impuestos obtuvieran cualquier información tras que la ley de 1934 los sujetaba al arresto inmediato. El atractivo de las cuentas numeradas para los extranjeros fue obvio, pero también hizo una gran favorita de los clientes suizos.

Los bancos de la Confederación no escaparon a las consecuencias de la depresión mundial de 1929. Los bancos suizos estaban en condiciones mucho mejores y mucho mejor administrados que los estadounidenses o alemanes (los helvéticos eran conservadores, incluso en las bonanzas), y nada más alrededor de sesenta de los cuatrocientos establecimientos bancarios se vieron en dificultades o fracasaron. Pero aún este número relativamente pequeño de fracasos bancarios causan penalidades severas en la Confederación y produjeron una sensación de choque más profunda que en Estados Unidos, donde los bancos siempre habían fallado. La opinión pública suiza se excitó y, por primera vez, fue promulgada una ley que requería que los bancos fueran sometidos a auditorias. Los helvéticos, típicamente no involucraron en esto a ninguna agencia del gobierno. La ley, aprobada en 1933, requería de auditorias en los bancos, hechas por contadores independientes de la estructura bancaria, quienes luego presentaban los resultados al Banco Nacional y a la Comisión Bancaria, para cualquier acción indicada.

Estas agencias tenían el poder para disciplinar o cerrar cualquier banco que estuviera fuera de línea, aunque eran cuerpos privados. Pero la misma gente que estaba interesada y exigió las auditorias de los bancos para su propia protección, también se mostró muy reacia a permitir que cualesquiera personas de afuera de los



establecimientos bancarios tuvieron acceso a información privada. Las cortes suizas ya habían dictaminado que la estructura bancaria no se aplicaba a los contadores independientes. No existía ley o norma reconocida que impidiera que un contador comunicara cierta información que hubiera observado. Ante los ojos suizos, esto era imposible. La cuenta numerada tuvo gran preferencia. El cambio de nombres en números significó que los auditores helvéticos nunca tenían idea respecto a de quienes eran las cuentas que estaban examinando. Luego, con el Código de 1934, el secreto bancario se amplió para incluir a los contadores y su personal, pero el auge de las cuentas numeradas siguió. Ninguna otra característica ha atraído más calumnia o críticas contra el sistema bancario suizo que el secreto y el empleo de la cuenta numerada. Pero la afirmación de que ambos fueron creados para proteger a los criminales extranjeros es necia. Los mismos suizos continuarían con dicho par de prácticas si fuera retirado hasta el último dólar de los bancos de la Confederación. Pasado la Segunda Guerra Mundial, surgieron serias e importantes dificultades entre los Estados Unidos y los bancos suizos, que condujeron a negociaciones entre ambos estados.



CAPÍTULO IV

4. Los conflictos del secreto bancario

4.1. Contradicciones entre el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros y la Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos

La Ley de Bancos y Grupos Financieros se encuentra contenida en el Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 63 regula: "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 y a la Superintendencia de Bancos, así como la información que se intercambie entre bancos e instituciones financieras. Los miembros de la Junta Monetaria y las autoridades, funcionarios y empleados del Banco de Guatemala y de la Superintendencia de Bancos

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”.

De acuerdo a lo anterior, es evidente de que la norma es congruente con la norma constitucional en donde se protege el secreto bancario, y se mantiene a excepción de determinadas circunstancias que se regulan en dicha normativa, sin embargo, se considera que esta situación no es congruente con lo que se estipula en la Ley contra el Lavado de Dinero y Otros Activos que se encuentra contenida en el Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, especialmente tomando en consideración lo siguiente:

Artículo 1 de la Ley establece que “tiene por objeto prevenir, controlar, vigilar y sancionar el lavado de dinero u otros activos procedentes de la comisión de cualquier delito, y establece las normas que para este efecto deberán observar las personas obligadas a que se refiere el Artículo 18 de esta ley y las autoridades competentes”. Lo anterior induce a que los entes investigadores de hechos criminales, tienen la obligación de requerir información bancaria, a pesar de que la misma puede hacerse mediante orden de juez competente, se ve obstaculizado el accionar, pues en la



demora esta el detalle, en virtud de que los grupos criminales actúan mucho más rápido que los tramites que se puedan realizar ante las autoridades correspondientes.

Se contrapone en lo que para el efecto regula el Artículo 2, cuando establece aspectos relacionados con el quebrantamiento del secreto bancario, si se considera que el sujeto activo puede actuar por si mismo o por tercera persona, y dentro de los supuestos del delito se encuentran: “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”.

4.2. Lavado de capitales por falta de justificación de la tenencia del dinero

Es evidente que si una persona no puede justificar la tenencia de determinado dinero y que derivado de su perfil económico no se asemeja a su condición actual en posesión de determinados montos de dinero, provoca que las autoridades procedan con cautela

a investigar todas las transacciones sospechosas, cuando estos pasan por el sistema bancario y financiero. Sin embargo, también existen circunstancias en que no ingresan al sistema económico financiero del país, y lo portan consigo.

Respecto a la actividad delictiva que se comete la doctrina la ha dividido en tres etapas fundamentales:

- A. Romper todo vínculo directo entre los fondos y el delito de que provienen;
- B. Borrar las huellas o vestigios, pruebas, en definitiva, de la actividad delictiva, para evadir a los organismos de control y a los investigadores;
- C. Poner a disposición del delincuente los bienes transformados o convertidos para que pueda disfrutar de ellos libremente.

De acuerdo a lo anterior, el comportamiento delictivo supone la ejecución de múltiples procedimientos, algunos de ellos muy sofisticados a los que recurre principalmente la delincuencia organizada, que cuenta con un inmenso poder económico y capacidad de persuadir o infundir temor, por la violencia o amenaza, en las personas cuyo concurso es indispensable, particularmente mediante la corrupción de funcionarios públicos y bancarios, o recurriendo a la extorsión, el chantaje, el cohecho, y otros medios inmorales e ilegales. Todo esto produce un gran impacto en la sociedad, en el país, en la región y en el mundo, de tal manera que es la humanidad la que resulta afectada y ya no solamente la vida y salud del consumidor que ha sucumbido al vicio. Se dice con razón que se el proceso de lavado de activos afecta peligrosamente a los pueblos y a

sus instituciones democráticas, sus economías; menoscaba los regímenes financieros y bancarios, corrompe y contamina al sistema social, jurídico y judicial poniendo en peligro el Estado de derecho de los países que se ven afectados por ello. La Convención de Viena declaró que el narcotráfico y el lavado de activos genera grandes rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades financieras lícitas y la sociedad a todos los niveles, por lo que la comunidad internacional resolvió privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad.

Por otro lado, confrontado lo anterior con la realidad guatemalteca, existen modalidades en que se cometen este tipo de ilícitos los empleados por los autores de este tipo de hechos, que podrían encuadrarse en apariencia formal con la legalidad. En los últimos años, ha existido una modalidad que ha sido identificada por la Intendencia de Verificación Especial que consiste en el denominado pitufo, describiéndolo de esa manera, a la conducta ejecutada por los autores de estos hechos utilizando mediante distintas circunstancias a personas de determinada clase social, especialmente en cuanto a lo económico para trasladar dinero que le es dado, mediante el pago de una cantidad simbólica de dinero en relación al monto que trasladan, y que generalmente lo realizan a la República de Panamá.



Existe diferencia entre el denominado pitufeo menor y pitufeo mayor, es decir, que en cuanto al primero, las personas que son contratadas para trasladar este dinero, lo hacen en sumas menores de diez mil dólares de los Estados Unidos de América, motivo por el cual, evitan hacer la declaración correspondiente de conformidad con las obligaciones que al respecto se estipulan en el Artículo 25 de la Ley relacionada y en el caso del pitufeo mayor, son aquellas personas que hacen los traslados en sumas superiores a los diez mil dólares de los Estados Unidos.

En los últimos tiempos, y en especial en los años 2009 y 2010, una modalidad que obligó a la Intendencia de Verificación Especial a realizar una tipología del delito de lavado como ellos lo han denominado y que radica en focalizar a todas las personas que salieron del país con sumas superiores y menores de diez mil dólares y en el caso de las sumas superiores, amparados con documentos de empresas que para ellos no existen o ficticias y que la persona que llevaba dichos montos, comparecía en dichas empresas como Gerente o Ejecutivo designado por dicha empresa para realizar transacciones en el país destino, que en este caso, generalmente era Panamá.

La Republica de Panamá no solo es un país turístico sino también un territorio en donde las leyes en materia de control tributario y aduanal, ofrece facilidades para este tipo de transacciones. Es por ello, que una delegación de la Policía Nacional Civil en el Aeropuerto Internacional La Aurora, es la encargada de entrevistar a los viajeros y determinar en base a capacitaciones que han recibido previamente, si las preguntas

que realizan les ofrece desconfianza en su respuesta respecto a las personas viajeras, y es así como se han detectado una serie de irregularidades como:

1. Traslado de droga
2. Traslado de dinero que sobrepasa los diez mil dólares de los Estados Unidos que no se ha declarado mediante el formulario respectivo
3. Traslado de dinero superior a los diez mil quetzales que no se ha declarado y en otros casos, que si se ha declarado.

En varios casos, los agentes designados en forma periódica informan a la Intendencia de Verificación Especial del nombre, fecha y monto que llevaba de las personas que viajaron específicamente a la República de Panamá, para su investigación.

Sin embargo, se han suscitado circunstancias en que cuando existen anomalías claras de omisión de declaración, son aprehendidas las personas y el dinero conlleva un proceso automático de extinción de dominio, independientemente si se declara la inocencia de la persona procesada, y es aquí en donde se considera que existe una clara violación al principio de presunción de inocencia establecido constitucionalmente, por cuanto las autoridades no esperan a que se dicte una sentencia condenatoria para determinar que el dinero es ilícito, y por lo tanto, se pueda disponer de él.

Se tiene conocimiento de casos en que se ha dictado sentencia absolutoria y se ha ordenado por parte del Tribunal sentenciador que se devuelva el dinero incautado, y



resulta ser que este ya fue objeto de un proceso de extinción; sería importante, en base a ello, determinar qué procedería en este caso, en relación al actuar de las autoridades.

Existe en la actualidad una serie de procesos penales en donde personas que son aprehendidas en 2009 y 2013, sobre aspectos que se suscitaron en el año 2009, 2010 y 2011, en cuanto a que hubieren realizado viajes a Panamá portando dinero superior a los diez mil dólares de los Estados Unidos de América y que derivado de la tipología del delito y la denuncia al respecto presentada ante el Ministerio Público por parte de la IVE, se solicita las ordenes de capturas, sin embargo, también se ha estimado que sobre ello, se han pronunciado sentencias absolutorias, pues lo único que se aporta como prueba es que efectivamente la persona procesada realizó un viaje, que llevaba determinada cantidad de dinero hacia la República de Panamá, y que se amparó en documentos de empresas ficticias, sin embargo, no se realiza una investigación respecto a las empresas ficticias adecuada y técnica para que los jueces puedan determinar que efectivamente dichas empresas son ficticias.

Si bien se debe considerar que pueden suscitarse modalidades en la comisión de este tipo de hechos también lo es que el Ministerio Público, como ente encargado de la investigación, debe establecer líneas de investigación y presentar ante los jueces las pruebas que correspondan con ello se quiere decir que tal y como esta sucediendo en la actualidad, no ofrece mayores beneficios al combate contra el crimen organizado. Generalmente las acusaciones fiscales, versan sobre la literal c) del Artículo 2 de la Ley contra el Lavado de Dinero y otros Activos, y a pesar de que existen reformas

últimamente a la ley, en el caso del Artículo 2 bis, al indicar que se trata de un delito autónomo y que se aplica independientemente si se acreditare que se trata el dinero producto de otros ilícitos, el Artículo 2 se mantiene y por lo tanto, se debe atender este aspecto. La normativa reformada fue el mecanismo empleado por las autoridades que conllevó dicha reforma, para evitar que se continuaran emitiendo absoluciones correctas en el caso del actuar de los jueces, pues era evidente que el Ministerio Público no aportaba las pruebas correspondientes.

Por otro lado, se emiten reformas a la ley de la materia, en cuanto al Artículo 25 adicionándole que pueden suscitarse en caso de no ser lavado de dinero, casos de falsedades, o bien de encubrimiento para esta clase de delitos, que vale decir, que dichas reformas, también conllevaron determinar la imposibilidad o falta de capacidad del ente investigador para aportar las pruebas correspondientes para que se condene por el delito acusado, y que de todas formas, se busque una condena al no acreditarse el delito principal.

Dentro de la tipología elaborada por la IVE para este tipo de ilícitos, existen un numero considerable de personas individuales y de empresas, en donde también se pretende investigar a notarios que han intervenido, pretendiendo incluirlos dentro de una red criminal, por el hecho que han faccionado instrumentos públicos, lo cual también conlleva otro error en el caso del Ministerio Público, pues no se ha dedicado a perseguir a los lavadores de dinero, ya que es evidente que el sujeto activo del delito es el dueño del dinero, y en el caso del denominado pitufeo y la eventual intervención



profesional de notarios, no lo son, y que por ello no existe evidencia que puedan acreditar principalmente el asunto de los notarios que ellos conspiran y concreten con los lavadores de dinero para actuar en su calidad de notarios faccionando documentos e instrumentos públicos como ha sucedido. Es importante que si bien, es necesario perseguir los delitos y enjuiciar a los responsables, del delito de lavado de dinero y otros activos, el actuar del Ministerio Público no está adecuado a una investigación eficiente, y por lo tanto, en el proceso penal, podría continuarse dando un buen número de sentencias de carácter absolutorio.

Como se evidencia, dentro de las actividades ilícitas que se cometen dentro de los delitos de lavado de dinero, se encuentra también el involucramiento de personas jurídicas, y se refiere a sociedades que están inscritas en el Registro Mercantil y que han dejado de operar, siendo ello motivo a que las mismas sean vendidas a grupos de criminales, para que a través de ellas se contraten personas que realicen las actividades de traslado de montos de dinero en efectivo por medio del Aeropuerto Internacional La Aurora.

CAPÍTULO V

5. Las soluciones a la problemática del secreto bancario

5.1. Análisis de procesos y entrevistas

De acuerdo al análisis que se ha venido desarrollando en el presente trabajo de investigación, se pretende enfocar el problema y determinar las posibles soluciones al mismo. En ese sentido, dentro del trabajo de campo, se analizaron procesos penales de personas individuales y representantes legales de entidades jurídicas acusadas del delito de lavado de dinero, con vinculación directa a lo regulado en la Ley de Extinción de Dominio, cuando se dispone de dinero proveniente del delito de lavado de dinero, entre otras cosas.

En la Ley de Extinción de Dominio, se establece como fundamento el hecho que en los últimos años se ha incrementado, de manera alarmante, el número de delitos que atentan contra el patrimonio del Estado y de los particulares, así como los que ocasionan grave daño a la vida, la integridad, la libertad y la salud de los habitantes de Guatemala, relacionados con la delincuencia organizada, así como otras formas de actividades ilícitas o delictivas, además que mediante actos de corrupción, tráfico de influencias y otros ilícitos, cada vez más personas individuales y jurídicas, han acumulado bienes con recursos provenientes de actividades ilícitas o delictivas. Adicionalmente, tiene como fundamento el hecho que los responsables de los delitos



económicos, o de infracciones de narcotráfico o de delincuencia organizada, han utilizado diversos mecanismos ilegales, mezclados con medios legales, para la transferencia y circulación de bienes, ganancias, frutos y productos de la criminalidad, así como para el encubrimiento o el ocultamiento de la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o la propiedad real de esos bienes, ganancias o derechos, a sabiendas de que proceden de actividades ilícitas o delictivas.

Todo lo anterior aunado al hecho de que se mantiene el secreto bancario tal y como se encuentra regulado y se analizó arriba, conlleva una serie de circunstancias que constituyen obstáculos especialmente para el ente investigador y acusador en el tema de los ilícitos que se ven involucrados. A pesar de que existe excepción a la regla general del secreto bancario, cuando es posible que a través de juez competente se autorice revelar datos bancarios de personas individuales o jurídicas y que de hecho sucede así, cuando en el análisis de los diez procesos penales en los Tribunales de Sentencia de la ciudad capital, se cuenta como prueba documental los reportes bancarios de los movimientos y transacciones realizados por el procesado o procesados en los delitos de lavado de dinero.

Como aspectos fundamentales de los procesos analizados, se pueden señalar los siguientes:

- A. Todos se refieren al delito de lavado de dinero, en donde aparecen distintas personas y distinto número de procesados en un mismo proceso penal, y dentro

de ello, también se puede observar la participación de un veinte por ciento de mujeres, en relación a los hombres.

- B. En todos los procesos penales analizados, mantienen el mismo número de prueba documental y testimonial aportada por el Ministerio Público, en donde es peculiar la participación como testigo de un representante de la Intendencia de Verificación Especial, así como de un investigador de la Policía Nacional Civil.
- C. En los diez casos analizados, ocho se refieren a personas individuales que llevaban consigo más de diez mil dólares en efectivo y de ellos cuatro, fueron aprehendidos posteriormente al viaje que realizaron en donde declararon mediante el formulario correspondiente de la Intendencia de Verificación Especial, la cantidad de dinero que llevaban consigo con rumbo a la República de Panamá.
- D. Un cien por ciento del total de los procesados, sus viajes los realizaron a la República de Panamá.
- E. En dos casos, los procesados justificaron la procedencia de dinero y aportaron la prueba correspondiente y, por ese motivo, fueron absueltos por el Tribunal, tomando en cuenta que los fines para los cuales llevaban dicho dinero lo cumplieron, pues fueron aprehendidos posteriormente, en dos casos, un año y medio después de haber realizado el viaje a la República de Panamá.



F. Dentro de los diez procesos, en ocho la investigación realizada por la Policía Nacional Civil fue deficiente a consideración de los jueces de sentencia, en virtud de que no se investigó acerca de la existencia o no existencia de las empresas cuyos documentos portaba el procesado o la procesada y que respaldaban que el dinero que llevaban no era de ellos, sino de la empresa, pues se argumentó que el hecho de determinar la existencia o no de la empresa o persona jurídica, era en cuanto al movimiento comercial o mercantil de acuerdo a los registros mercantiles, y no si existía movimiento de personas en el lugar donde se tenía registrada la sede social. Por otro lado, se estableció a través de documentos del Registro Mercantil de la Republica de Guatemala, que algunas de las empresas habían cambiado sede social, lo cual no fue observado por el agente investigador no habiendo acudido a la nueva sede social, sino se había limitado a indicar que no existía la entidad en el lugar que refirió, lo cual lógicamente tendría que haber sido así, sin embargo, denota una investigación deficiente por parte del Agente investigador.

G. Para efectos de la investigación criminal no existe limitación por medio del secreto bancario por parte de la Intendencia de Verificación Especial y en coordinación con el Ministerio Público, por cuanto no afecta lo contenido en el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Otros Grupos Financieros, pues en los procesos penales, se tiene por parte de los jueces toda la información bancaria necesaria respecto a los procesados y de las empresas que figuran en las acusaciones del Ministerio Público.

H. Del total de los diez procesos penales analizados, en seis de ellos, los procesados fueron absueltos, por insuficiencia de prueba.

5.2. Jurisprudencia y análisis de sentencias de la Corte de Constitucionalidad

Ahora bien, también dentro del trabajo de campo, resulta conveniente analizar lo que respecta a la jurisprudencia, basada en lo que establece el Artículo 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “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. Se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna. Los libros, documentos y archivos que se relacionan con el pago de impuestos, tasas, arbitrios y contribuciones, podrán ser revisados por la autoridad competente de conformidad con la ley. Es punible revelar el monto de los impuestos pagados, utilidades, pérdidas, costos y cualquier otro dato referente a las contabilidades revisadas a personas individuales o jurídicas, con excepción de los balances generales, cuya publicación ordene la ley. Los documentos o informaciones obtenidas con violación de este Artículo no producen fe ni hacen prueba en juicio”. Se ha establecido en varias sentencias que: “El derecho a la inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros, forma parte de los derechos humanos que protegen la intimidad de la persona, el cual es un derecho personalísimo que permite sustraer a las personas de la publicidad o de otras

turbaciones a su vida privada y está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos; sólo las personas físicas gozan de intimidad, las personas jurídicas no, aunque éstas últimas, gozan de cierta privacidad, cuyos alcances y límites se encuentran regulados en las distintas leyes del ordenamiento jurídica nacional”.³⁴

También se ha establecido que: “Para analizar debidamente la constitucionalidad o inconstitucionalidad denunciada debe ponerse atención en la primera parte del Artículo 24 de la Constitución que se refiere a la correspondencia de toda persona, sus documentos y libros. El hecho de referirse directamente a persona, indica que se trata de correspondencia, documentos y libros de carácter privado; las contabilidades y documentos mercantiles no tienen este carácter, se rigen por el Artículo 43 de la Carta Magna, que reconoce la libertad de industria y de comercio, pero con las limitaciones que impongan las leyes, pues si las autoridades competentes no pudieran revisar tales contabilidades, nunca podrían garantizar que las empresas de esa índole cumplen con la ley, ni informar a los tribunales competentes, cuando las infracciones caigan bajo aquella jurisdicción, y desnaturalizaría el carácter público de esta clase de documentación, cuya operación está sujeta a las autoridades correspondientes y permiten a los comerciantes formar títulos y probanzas, con eficacia frente a otras personas. (...) la disposición relativa a que Ventajas y Desventajas de la Liberación del Secreto Bancario para Fines Tributarios los libros, documentos y archivos que se relacionan con el pago de impuestos, tasas, arbitrios y contribuciones podrán ser revisadas por la autoridad competente de conformidad con la ley, no es una disposición

³⁴ Corte de Constitucionalidad. **Gaceta 84 Sentencia de fecha 26 de abril del 2007, expediente 2622-2007.**

exceptiva, sino normativa de una situación distinta de la anteriormente comentada, por lo que no excluye a otras actividades que no enumeran”.³⁵

Con relación al Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos financieros, se han pronunciado los Tribunales Constitucionales en el siguiente sentido: “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. (...) 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”. Se han referido varias sentencias como se interpreta a continuación:

5.2.1. Primer caso

Se refiere a la resolución que, en apelación de sentencia de amparo conoce la Corte de Constitucionalidad dentro del Expediente 810-2012, de fecha 5 de diciembre del 2012.

Dentro de los aspectos a resaltar se encuentran:

³⁵ Gaceta 84 Expediente 1480-2005 fecha 9 de mayo 2009, además Gaceta 79 Expediente 68-2006 sentencia de fecha 22 marzo 2006. Gaceta No. 60 Expediente 610-2001, de fecha la sentencia, 29 de junio 2001.



- A. Se examinó la sentencia dictada por la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, constituida en Tribunal de Amparo, en la acción constitucional de amparo promovida por Corporación Financiera Nacional -CORFINA-, por medio del Gerente General y Representante Legal, Jorge Vinicio Vaides Arrue, contra el Juez Décimo de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala.
- B. Dentro de los antecedentes del caso se encuentra: a) La autorización del juez del secuestro de cintas magnéticas, discos compactos y discos versátiles digitales ubicados en un inmueble de la entidad Fiduciaria del Banco del Café sociedad Anónima; b) Agravios que se reprochan al acto reclamado: Se violaron sus derechos pues no se le dio intervención en la audiencia en la fecha en que se autorizó el registro, allanamiento y secuestro de cintas magnéticas, discos compactos y discos versátiles digitales que se encontraban en su sede. Además, porque la orden de secuestro fue emitida el uno de junio de dos mil once, mientras que la audiencia en la que se autorizó esa medida se celebró el veintiocho de ese mismo mes y año, es decir, veintisiete días después. Asimismo, porque en los medios de reproducción digital antes indicados, se encontraba información de otras personas que no figuran en la investigación de mérito, por lo que se viola la privacidad de la correspondencia, documentos y libros, así como el secreto bancario; c) Sentencia de primer grado: la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del ramo Penal, Narcoactividad y Delitos



contra el Ambiente, constituida en Tribunal de Amparo, consideró: "...En el caso de estudio, de la lectura de las argumentaciones del abogado en su calidad de Gerente General y Representante Legal de la entidad se desprende que la solicitud intrínseca de la presente acción, radica en la pretensión de que ésta instancia revise lo decidido en la resolución señalada como acto reclamado, pero tal circunstancia constituiría, no solo la desnaturalización de la finalidad del amparo (que operará solamente cuando en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, se vulneren los derechos que son inherentes a la debida tutela en la administración de justicia), sino una violación a los preceptos constitucionales que establecen que la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponde con exclusividad e independencia a los tribunales de justicia, y que en ningún proceso habrá mas de dos instancias, (Artículos 203 y 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala); aunado a lo anterior, según el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, en su tercer párrafo, establece que (...). Tal situación, no permite que el amparo pueda constituirse en instancia revisora de lo resuelto porque, ello equivaldría a sustituir al juez ordinario en la función que legalmente tiene atribuida, lo que no es procedente porque no se evidencia violación a preceptos constitucionales. Por la razón considerada, el amparo pedido resulta notoriamente improcedente y, así deberá resolverse...". resolvió: "...I) Improcedente la acción constitucional de amparo planteada por el abogado Jorge Vinicio Vaides Arrue, en su calidad de Gerente General y Representante Legal de la entidad Corporación Financiera nacional –CORFINA– en contra de la Juez Décimo de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y



Delitos contra el Ambiente; II) En consecuencia: a) se exonera a la entidad amparista del pago de las costas procesales; b) se condena a los abogados auxiliares José Osberto González Corzo y Carlos Isaac Robles Alburez, al pago de la multa de mil quetzales (Q.1,000.00)..."; En apelación se emitieron las siguientes consideraciones: Del estudio de las actuaciones y del informe circunstanciado, este Tribunal constitucional establece que el conflicto traído a esta sede deviene de la decisión de la autoridad denunciada, de autorizar el secuestro de información digital, allanamiento y registro en la sede de la postulante, solicitados por el Ministerio Público. Los agravios esenciales de la entidad accionante radican en que no se le dio intervención en la audiencia que autorizó las medidas indicadas y que la orden que contenía la autorización respectiva tenía fecha anterior a la de la celebración de ésta. Además, que al secuestrar los medios digitales en mención, se violó la privacidad de la correspondencia, documentos y libros, ya que se encontraba información de otras personas que no figuran en la investigación, violando, también, el secreto bancario. Del estudio de los antecedentes, este Tribunal considera necesario resaltar los siguientes hechos: a) el veintiocho de junio de dos mil once, ante el Tribunal reprochado, se celebró la audiencia unilateral de autorización de secuestro de material digital, allanamiento y registro en el inmueble en el que se encuentra la sede de la entidad accionante; b) en el audio de la audiencia indicada, el Ministerio Público señaló que el uno de ese mismo mes y año, ese Tribunal había ordenado el secuestro de cintas magnéticas, discos compactos y discos versátiles digitales; sin embargo, para

poder llevar a cabo esa orden, era necesario que se autorizara, además del secuestro, el registro y allanamiento en la sede de la referida entidad, petición que la juzgadora acogió; c) el catorce de julio del año en mención, se llevaron a cabo las medidas anteriormente indicadas y, en el acta de mérito, el ente investigador hizo constar que se entregaron a la persona correspondiente, copia de los oficios que contienen las ordenes judiciales de uno y veintiocho de junio de dos mil once, acta que fue firmada por el gerente de esa entidad. Como cuestión inicial, el Código Procesal Penal en su Artículo 109 regula: "El Ministerio Público, al igual que los demás sujetos procesales, harán todos los requerimientos en audiencia oral, unilateral o bilateral, según sea el caso debiendo ser claros y concisos, demostrando y argumentando su pretensión. El requerimiento de la audiencia se podrá hacer de la forma más expedita". Si bien la referida disposición normativa no prescribe los casos en los que debe celebrarse audiencia unilateral o bilateral, quedando en todo caso a discreción del tribunal establecer su procedencia, debe tomarse en consideración que el fin de la audiencia unilateral celebrada el veintiocho de junio de dos mil once, era conocer sobre la petición de secuestro que, como medida de investigación, el Ministerio Público solicitó a la autoridad reprochada. En ese sentido, esta Corte considera acertada la interpretación que el Tribunal reprochado dio al citado Artículo 109 del Código Procesal Penal, que ahora nos ocupa, pues al tratarse de la medida de secuestro, como parte de las diligencias de investigación, no resultaba necesaria la participación del sindicado o sus defensores, pues, en todo caso, su participación podría obstruir esa tarea. De lo



anterior se estima que la autoridad cuestionada, no ocasionó agravio en la esfera jurídica de la amparista, al no darle intervención en la citada audiencia a la entidad postulante, ya que por tratarse de la autorización de diligencias de investigación del ente fiscal, su presencia no era meritoria, que tenía por finalidad recabar la información relacionada con la comisión de supuestos hechos delictivos investigados por el Ministerio Público. Respecto a que la resolución que se le entregó a la accionante era con fecha anterior a la celebración de la audiencia de veintiocho de junio de dos mil once, este Tribunal estima que no existe el agravio que señala la postulante, pues, como se hizo ver anteriormente, lo que ocurrió fue que el Ministerio Público obtuvo la autorización judicial para el secuestro de mérito, no obstante, para poder realizar el mismo tenía que contar con la autorización para el registro y allanamiento, circunstancia que se verificó en la citada audiencia y según la relacionada acta de la diligencia correspondiente, el ente fiscal entregó copia a la entidad accionante de los oficios de las dos resoluciones indicadas, y esa acta fue aceptada y firmada por el gerente de dicha institución. Por último, no existe violación al Artículo 24 constitucional, respecto a la privacidad de correspondencia, documentos y libros, ya que la evidencia fue obtenida mediante autorización judicial, con las formalidades legales, con lo que, en todo caso, se dio cumplimiento a la citada norma. Cabe agregar, que independientemente de la orden judicial emitida para obtener la relacionada información, el ente investigador debe procurar la tutela de ese derecho, es decir, que la información obtenida debe ser utilizada para los



finés de la investigación y, bajo ningún motivo, ésta debe ser divulgada. Y en cuanto al agravio de que el acto reclamado viola el secreto bancario.

C. La Corte considera que el derecho al secreto bancario es aquel que corresponde al cuenta habiente o depositantes de los bancos de que estas entidades no divulguen la información que les han proporcionados. Si bien corresponde a las entidades bancarias la no divulgación de tal información, la tutela a ese derecho corresponde, en todo caso, a las personas que estimen que esa garantía se encuentra amenazada o bien violada y al no existir acción pública en el amparo, el reclamo que presenta la accionante, en este sentido, resulta improcedente. Por lo anterior, esta Corte concluye que la autoridad impugnada, en la emisión del acto reclamado, ha actuado en sujeción al debido proceso y conforme a las facultades que le confieren los Artículos 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 109 del Código Procesal Penal, por lo que el amparo deviene improcedente y, habiendo resuelto en ese el Tribunal de Amparo de primer grado, procede confirmar la sentencia apelada, con la modificación de que se condena al pago de costas procesales y que la multa impuesta es a cada uno de los abogados patrocinantes, que deberán pagar en la Tesorería de esta Corte dentro de los cinco días siguientes a estar firme el presente fallo, que en caso de incumplimiento, su cobro se hará por la vía legal correspondiente, declarando sin lugar el Recurso de Apelación.

5.2.2. Segundo caso

En el Expediente 2467-2004 de la Corte de Constitucionalidad el 22 de junio de 2006, se interpuso apelación en contra de la sentencia emitida por una Sala por parte de la entidad Inmobiliaria del Paseo, Sociedad Anónima, entidad Inmobiliaria La Manzana, Sociedad Anónima, de la entidad Técnicos en Seguros, Sociedad Anónima.

Dentro de los antecedentes se señala:

- A. Acto reclamado: a) la resolución de uno de abril de dos mil tres dictada por la Juez Sexto de Primera Instancia del Ramo Civil del departamento de Guatemala, en la que accede a las diligencias de prueba anticipada contra los postulantes; b) los oficios librados por la citada Juez para requerir la información ordenada en la primera resolución; c) los informes que se recibieren, como consecuencia de oficios librados; d) la totalidad de las diligencias de prueba anticipada promovidas por Francisco Mauricio Capuano Puccini expediente C dos guión dos mil tres guión dos mil setecientos setenta y seis del Juzgado Sexto de Primera Instancia del Ramo Civil del departamento de Guatemala. C) Violaciones que denuncian: derechos a la seguridad jurídica, de defensa, al debido proceso, a la inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros, y el secreto bancario. Sentencia de primer grado: el tribunal consideró: "... Considerando II (aplicación de los postulados al caso concreto): Al realizar una revisión minuciosa del expediente Civil/Mercantil contentivo de las

Diligencias de Prueba Anticipada que subyacen, se establecen las siguientes circunstancias fáctico-jurídicas: 1. Que en el memorial inicial presentado con fecha veintiocho de marzo del dos mil tres y por medio, del cual se promovieron tales Diligencias y en el apartado IV de la solicitud, el presentado –y tercero interesado en los Amparos que se resuelven en esta sentencia– solicitó: "Que en virtud del principio de audiencia, se notifiquen las presentes diligencias a las personas individuales o jurídicas citadas en el presente memorial..."; 2. Que en la resolución que es señalada como acto jurisdiccional transgresivo de derechos fundamentales en los siete amparos acumulados que aquí se resuelven, la cual fue proferida por la autoridad recurrida el uno de abril del dos mil tres y que obra a folio diecinueve de la Pieza I de tales Diligencias específicamente en los folios diecinueve y diecinueve vuelto, este Tribunal Constitucional constata que: En ninguno de los ocho apartados de tal auto, la Jueza Sexta de Primera Instancia del Ramo Civil de este Departamento ordenó conceder audiencia y notificar a los Amparistas, quienes figuraban pasivamente interesadas en las Diligencias de Prueba Anticipada sub-júdice, no obstante que inició la formación del expediente respectivo, admitió para su trámite tales diligencias y ordenó requerir a las entidades e instituciones señaladas, los informes y documentos referidos; 3. Lo anterior, no obstante que de las interpretaciones: Contextual y finalista de los Artículos 98 al 105 del Código Procesal Civil y Mercantil y especialmente de la interpretación textual del Artículo 102 del mismo cuerpo legal, se extrae la necesidad legal de notificación a la contraparte y que el Debido Proceso consiste en tramitación incidental.– Considerando III (Conclusión): Consecuentemente, al



no haberse practicado la notificación de tales Diligencias se habría incurrido en trasgresión a las garantías constitucionales de notificación y audiencia debidas a los postulantes del Amparo y, derivadamente, de una trasgresión al Proceso Debido para la tramitación del caso sub-júdice.– Considerando IV (Peticiónes de los postulantes y efectos de esta sentencia): 1. Los postulantes de los siete amparos primeramente identificados en el acápite de esta Sentencia, coinciden en solicitar dos acciones de condena específicas en el presente Amparo, así: a. Que, una vez otorgado el Amparo, se suspenda definitivamente en cuanto, a la postulante la resolución del uno de abril del dos mil tres y el acto de envío de todos los oficios que en ejecución prematura e ilegal de dicha resolución hubiese enviado la autoridad impugnada a las entidades identificadas en las diligencias de prueba anticipada número C2-2003-2776 a cargo del oficial 3º. [sic] del Juzgado Sexto de Primera Instancia del Ramo Civil promovidas por el señor Francisco Mauricio Capuano Puccini, en que dichos actos tuvieron lugar; y b. Que para los efectos positivos del amparo, se declare que los informes, datos y documentos obtenidos por el señor Francisco Mauricio Capuano Puccini por medio de los actos reclamados son nulos de pleno derecho, no pueden ser utilizados en ningún proceso ni diligencia de cualquier naturaleza, en Guatemala y en el extranjero, contra la postulante ni producen fe ni prueba en ningún juicio, comunicando dicha situación a las entidades públicas y privadas que los hubiesen proporcionado por la orden judicial impugnada. 2. Sin embargo, el postulante del Amparo registrado con el número cincuenta y cinco guión dos mil tres de este Tribunal, Andrés Hernández Martínez en representación del



Licenciado Gonzalo Menéndez Park, formula la petición de que: "...se deje sin valor ni efecto jurídico todo lo actuado en las diligencias de Prueba Anticipada de Informe y Documentos en Poder de Tercero... (y que)... Se ordene la suspensión de las diligencias de Prueba Anticipada de Informe y Documentos en Poder de Tercero... en tanto no se determine y declare judicialmente el derecho de cobro del señor Capuano y la responsabilidad de mi mandante en el pago de la deuda como supuesto avalista del pagaré que sustenta el juicio ejecutivo ya planteado." Esto lo fundamenta en que el tercero interesado en el Amparo (y peticionante de la prueba anticipada de mérito), promovió ésta: "... con base a un derecho crediticio en contra de mi mandante –que se estaría tramitando en vía ejecutiva ante la misma autoridad judicial recurrida– (y) sobre el cual aún no existe un pronunciamiento judicial, y que, por lo tanto, no le asiste (la procedencia de prueba anticipada alguna) , sobre todo tomando en cuenta que mi mandante dentro de sus defensas, ataca el supuesto aval (de mi representado) y que al respecto aún no hay pronunciamiento por parte de la juzgadora..." Tal argumentación, entendida como soporte para dejar sin valor ni efecto jurídico todo lo actuado en las diligencias de prueba anticipada de informe y documentos en poder de tercero a juicio de esta Sala, no resulta prosperable. Esto es así, no solamente porque el Amparo no constituye una instancia revisora de la juridicidad de los actos jurisdiccionales señalados como violatorios, sino porque este Órgano Jurisdiccional, constituido en contralor de la constitucionalidad de los actos denunciados –según quedó motivado precisa y exclusivamente en las consideraciones anteriores ha determinado y declarará que el Debido Proceso

habría sido inobservado y las garantías de citación y audiencia transgredidas, como suficiente para declarar la procedencia de los Amparos sub-litis; puesto que se tiene impedimento técnico y procesal para examinar y determinar si las diligencias de Prueba Anticipada sub-litis son o no procedentes por las razones que el Amparista considera relevantes y válidas, porque tal extremo rebasaría las funciones de este Tribunal en materia de Amparo, aunque podrán aún intentarse por la vía Civil/Mercantil que corresponda. De ello resulta que los siete Amparos, primeramente identificados deben acogerse plenamente y parcialmente el último de ellos, de registro cincuenta y cinco guión dos mil tres, por las razones de estimación considerativa contenidas anteriormente. Para el efecto, deberá suspenderse en definitiva la resolución de fecha uno de abril del dos mil tres, así como los actos de envío de todos los oficios que en ejecución de tal resolución aquí suspendida, la autoridad impugnada hubiese enviado ya a las entidades e instituciones referidas en las diligencias de Prueba Anticipada, ordenándole a la misma, profiera las resoluciones y correctivos legalmente pertinentes para sustituir tal resolución y tramitar por la vía legalmente correspondiente las referidas Diligencias, respetando así el Debido Proceso. Como consecuencia de tal anulación, debe declararse en la presente sentencia —en la fase procesal actual en que se encuentran las relacionadas Diligencias— que los informes, datos y documentos obtenidos por el promoviente de las Diligencias, mediante los actos señalados como violatorios, son nulos de pleno derecho y que no podrán ser utilizados en ningún proceso ni diligencia de cualquier naturaleza, tanto en Guatemala como en el extranjero, contra ninguno



de los ocho amparistas, así como tampoco podrán producir fe ni prueba en ningún juicio, debiendo la autoridad impugnada enviar los oficios correspondientes, no sin advertir que, en un futuro y después de que se hayan tramitado, diligenciado y resuelto las Diligencias de mérito, los mismo (informes, datos y documentos) podrían obtenerse legalmente y producir los efectos legales consecuenciales. Asimismo, este Tribunal Constitucional considera pertinente eximir de especial condena en costas a la autoridad impugnada, por no existir evidencia alguna que demuestre la existencia de mala fe en la realización de los actos señalados y declarados transgresivos.” Y resolvió: “...I. Procedentes los siete primeros Amparos acumulados, identificados con los números cuarenta y cuatro, cuarenta y cinco, cuarenta y seis, cuarenta y siete, cuarenta y ocho, cuarenta y nueve y cincuenta y uno todos del año dos mil tres, cuyos datos de identificación pertinentes quedaron arriba indicados; e igualmente procedente, parcialmente, el Amparo identificado con el número cincuenta y cinco guión dos mil tres en lo que atañe al efecto que se declarará seguidamente; no así en lo que atañe a: Dejar sin valor ni efecto jurídico todo lo actuado en las diligencias de Prueba Anticipada de Informe y Documentos en Poder de Tercero, así como ordenar la suspensión de tales Diligencias, promovidas por Francisco Mauricio Capuano Puccini, identificadas con el número C dos guión dos mil tres guión dos mil setecientos setenta y seis, a cargo del Oficial y Notificador Tercero (C2-2003-2776/Of. Y Not. 3º.) en tanto no se determine y declare judicialmente el derecho de cobro del señor Capuano y responsabilidad del Licenciado Gonzalo Menéndez Park en el pago de la deuda como supuesto avalista del pagaré que

sustenta el Juicio Ejecutivo ya planteado; II. Consecuentemente: a. Se suspende definitivamente en cuanto a los postulantes de los ocho Amparos acumulados de los cuales se hace mérito, la resolución de fecha uno de abril del dos mil tres, así como los actos de envío, de todos los oficios que en ejecución de tal resolución hubiese enviado ya, la autoridad impugnada a las entidades e instituciones referidas dentro de las Diligencias de Prueba Anticipada identificadas con el número dos guión dos mil tres guión dos mil seis, a cargo del Oficial y Notificador Tercero (C2-2003-2776/Of. Y Not. 3º.) del Juzgado Sexto de Primera Instancia del Ramo Civil de este Departamento, promovidas por el señor Francisco Mauricio Capuano Puccini; b. Se restituye a los postulantes de los ocho amparos que por esta sentencia se resuelven, en los derechos y garantías que la Constitución Política de la República de Guatemala, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Código Procesal Civil y Mercantil y Ley del Organismo Judicial –las cuales fueron denunciadas como leyes transgredidas– les reconocen y garantizan; c. Derivado del acto de anulación contenido en la literal a) Anteriormente referida, la Jueza Sexta de Primera Instancia del Ramo Civil de este Departamento, deberá proferir las resoluciones y correctivos pertinentes para sustituir su auto proferido con fecha uno de abril de dos mil tres y admitir para su trámite las Diligencias de Prueba Anticipada ya referidas por la vía legal correspondiente, debiéndose respetar el Debido Proceso, en concordancia con lo aquí considerado, y d. Que para los efectos positivos de la presente resolución y para la fase procesal en que se encuentran las Diligencias de Prueba Anticipada de mérito, se declara que: Los informes, datos y

documentos obtenidos por el señor Francisco Mauricio Capuano Puccini por medio de los actos señalados como violatorios, son nulos de pleno derecho, no podrán ser utilizados en ningún proceso ni diligencia de cualquier naturaleza, tanto en Guatemala como en el extranjero, contra ninguno de los postulantes de los ocho Amparos que mediante esta sentencia se resuelven, así como tampoco producen fe ni prueba en ningún juicio, ordenándose para el efecto a la autoridad impugnada librar los oficios respectivos a las entidades e instituciones públicas y privadas que los hubiesen proporcionado ya, para comunicarles, al menos, la parte resolutive de la presente sentencia; III. Se conmina a la Jueza Sexta de Primera Instancia del Ramo Civil de este Departamento dar exacto cumplimiento a lo aquí resuelto, dentro de un plazo de ocho días de quedar firme el presente fallo.

- B. Los considerandos fueron: -I- El amparo se ha instituido para proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido, no hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procederá siempre que las leyes, resoluciones, disposiciones o actos de autoridad lleven implícita una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan. Se falta al derecho de defensa y al debido proceso, garantizados por el Artículo 12 de la Constitución, cuando en el acto de autoridad, se ha inobservado principios jurídicos propios de estos derechos.-II- En el caso bajo análisis, los amparistas señalan como acto reclamado la resolución de uno de abril de dos mil tres del



expediente C dos guión dos mil tres guión dos mil setecientos setenta y seis, los oficios que se hubieron librado, los efectos y entrega de los informes que se recibieren, como consecuencia de oficios librados, dentro de las diligencias de prueba anticipada promovidas ante la autoridad impugnada, en las que solicitó que se requirieran informes y fotocopias de documentos en poder de entidades financieras públicas y privadas, referente a los movimientos financieros de los accionantes del amparo, a lo que la autoridad impugnada accedió a diligenciar esas pruebas anticipadas, sin notificar a ninguna de las personas involucradas y sin darles previa audiencia, libró los oficios respectivos a las entidades financieras que requirió el solicitante de las diligencias.

C. Al respecto, la Corte señala que, por imperio de la previsión constitucional contenida en el Artículo 12 del texto supremo, para el respeto al debido proceso y al derecho de defensa, se debe observar el principio procesal de audiencia o contradicción que suele enunciarse tradicionalmente con el brocardo latino "audiatur et altera pars" (óiganse a la otra parte); pues aunque no se trate de un verdadero proceso, sí es un procedimiento, se deben respetar tales derechos reconocidos por el Artículo 12 de la Constitución. Por ello, si el Artículo 129 del Código Procesal Civil y Mercantil dispone que las pruebas se recibirán con citación de la parte contraria, tal disposición ha de aplicarse a todas las pruebas y sea cual fuere el momento de práctica de las mismas, aunque se trate de pruebas anticipadas. Sin este requisito, la prueba diligenciada anticipadamente no se puede tomar en consideración para el proceso que se prepara.



D. En cuanto a la suspensión definitiva de las diligencias de prueba anticipada referidas, solicitada esta Corte sostiene la tesis del Tribunal de primer grado, al respecto de la improcedencia de la suspensión definitiva de tales diligencias, pues la admisión de pruebas anticipadas se hace a discreción del juez competente, si las estima oportunas y conducentes. Por lo antes considerado, se concluye que es viable acceder a lo pretendido en el amparo, no así en cuanto a la suspensión definitiva de las diligencias de prueba anticipada – antecedente de este amparo–; y habiendo resuelto en sentido similar el tribunal de primer grado, procede confirmar la estimación de la acción constitucional declarada en la sentencia apelada.

5.3. La solución a la problemática planteada

5.3.1. Reforma del Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, a través de la entrada en vigencia de la Iniciativa de Ley 4178 del Congreso de la República de Guatemala

La iniciativa de ley pretende que entre en vigencia la Ley en Contra del Secreto Bancario y por la Transparencia de las Sociedades. Dentro de los aspectos más importantes de analizar se encuentran los siguientes:

Tiene como fundamento la expansión del comercio a nivel mundial y la falta de regulación y ausencia de controles por parte de las entidades estatales, puede generar efectos negativos para los países, como lo sería su aprovechamiento por parte de la delincuencia organizada, toda vez que dicha expansión es propicia para el desarrollo de redes delincuenciales, así como para ocultar a través del comercio, actos ilícitos difícilmente detectables por las autoridades del Estado.

Es para todos evidente la importancia de enfrentar adecuadamente las operaciones que realizan individuos al margen de la ley para intentar legítima los recursos que obtienen de actividades ilícitas mediante figuras jurídicas. En la medida que el Estado guatemalteco pueda rastrear e interceptar oportunamente los recursos derivados de actividades criminales, podrá evitar que estos se utilicen para la comisión de otros delitos, entre los que se encuentra el lavado de dinero u otros activos, con efectos perjudiciales a la economía del país.

El Estado de Guatemala ha adquirido compromisos internacionales en relación a la prevención del lavado de dinero u otros activos al haber suscrito y ratificado entre otros, los siguientes instrumentos internacionales: Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Convención de Viena).

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada Transnacional. Dichos convenios internacionales implican compromisos por parte del Estado de Guatemala hacia la comunidad internacional, en la sujeción e implementación de

recomendaciones, medidas, estándares, y políticas coordinadas que permitan entre otras cosas, combatir los flagelos que tienen incidencia mundial, tal como el lavado de dinero u otros activos.

Dentro de las reformas recomendadas se encuentra la no emisión de acciones al portador que se encontraba vigente anteriormente y que en la actualidad a partir del mes de junio del año dos mil trece, entró en vigencia las reformas debidas en el sentido de que ya no es posible emitir acciones dentro de las sociedades mercantiles al portador, sino que deben ser nominativas, siendo un elemento fundamental para contrarrestar la problemática del lavado de dinero y que se establecía como parte de los fundamentos en esta iniciativa de ley.

En materia de eliminar el secreto bancario, se establece en esta iniciativa reforma al Artículo 30 B del Decreto Número 6-91 del Congreso de la República de Guatemala Código Tributario en el siguiente sentido: "Artículo 30B Información de terceros en entidades bancarias y sociedades financieras. Por medio de la Superintendencia de Bancos, los bancos del sistema, las sociedades financieras y las entidades que conforman un grupo financiero están obligados a proporcionar informes a la Superintendencia de Administración Tributaria sobre los depósitos o las inversiones de los contribuyentes sujetos a fiscalización siempre que se relacione con asuntos tributarios. La Superintendencia de Administración Tributaria recibirá la información a que se refiere el párrafo anterior, bajo la garantía de confidencialidad y la responsabilidad que establece el Artículo 63 del Decreto 19-2002 del Congreso de la



República, Ley de Bancos y Otros Grupos Financieros. Dicha información deberá ser rendida en los formularios u otros medios que facilite la Superintendencia de Administración Tributaria”. Como se observa, se deja vigente el Artículo 63 relacionado, y por lo tanto, se mantiene como regla general el secreto bancario y como excepciones los aspectos tributarios y la orden de juez competente. De acuerdo a lo anterior, en esta iniciativa se plantea la reforma al Artículo 63 del Decreto 19-2002 del Congreso de la República que regula la Ley de Bancos y Grupos financieros, en el sentido de que su redacción queda de la siguiente manera: “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 empelados de los bancos, no podrán proporcionar información bajo cualquier modalidad a ninguna personal 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 y a la Superintendencia de Bancos, así como la información que se intercambie entre bancos e instituciones financieras.

Así mismo, se exceptúa de la referida limitación, la información que requiera la Superintendencia de Administración Tributaria sobre depósitos e inversiones de contribuyentes sujetos a fiscalización. Dicha solicitud de información deberá hacerse

por medio de la Superintendencia de Bancos. Los miembros de la Junta Monetaria y las autoridades, funcionarios y empleados de Banco de Guatemala, de la 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”.

5.3.2. La creación de una comisión especial que se dedique a velar por el debido cumplimiento de las normas que regula el secreto bancario, bajo la supervisión del Organismo Judicial

De acuerdo a lo que aquí se ha analizado, sería conveniente también como una solución a la problemática planteada, la creación de una comisión especial que se dedique a velar por el cumplimiento de las normas, que si bien, el secreto bancario no puede eliminarse totalmente derivado de los altos índices de criminalidad y delincuencia que existen, y que de alguna manera, constituye una forma de protección de los intereses patrimoniales de los particulares, si, parcialmente es factible que se quebrante a través de una orden de juez competente. Ante la imposibilidad de que se reforme el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, es necesario que exista esta Comisión que dependa de la Corte Suprema de Justicia y del Organismo Judicial, como sucede en el caso de la conformación de jueces exclusivamente para



atender esta problemática en función de ejercer funciones de contralores de la investigación cuando sea necesario para los casos que se le presentan en el orden penal, preferentemente.

Adicionalmente, para ello, se tendría que conformar un protocolo, que debe ser aprobado por el Organismo Judicial, y que conlleve lo siguiente:

- A. La intervención de jueces, fiscales y agentes de la Policía Nacional Civil en la investigación de asuntos de crimen organizado, lavado de dinero y narcotráfico, especialmente.
- B. Este protocolo debe servir para que se tengan procedimientos rápidos a fin de actuar en allanamientos de domicilios, impedimentos de salida del país, levantamientos del secreto bancario e interceptaciones telefónicas, y en general, lo que se refiere a las investigaciones de hechos criminales.
- C. Al adoptar la medida de quebrantar el secreto bancario, para lo cual debe existir un procedimiento, se debe tomar en consideración aspectos como: a) La intimidad o privacidad del cliente cuando se refiere a bancos, y es lo que está en juego, aunque en un aspecto económico. Es la persona, en cuanto titular del derecho, quien tiene el poder de pretender la máxima discreción en torno a los hechos que ha confiado a la banca. Luego, al tratarse de una medida que afecta a la intimidad o privacidad en su vertiente económica o patrimonial debe

valorarse la necesidad de que su adopción sea autorizada u homologada por el órgano judicial.

D. En cuanto al alcance de la medida, la ley debe fijar claramente qué tipo de productos financieros y comerciales pueden ser objeto de levantamiento del secreto.

E. Así también la determinación de los sujetos obligados, en donde la ley deberá ser clara en la determinación de los sujetos a las obligaciones de información que supone el levantamiento del secreto bancario, entre las que habrán de encontrarse al menos: Las entidades de crédito; las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida y los corredores de seguros cuando actúen en relación con seguros de vida u otros servicios relacionados con la inversión; Las sociedades y agencias de valores; Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y las sociedades de inversión colectiva cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora; las entidades gestoras de fondos de pensiones; las sociedades gestoras de cartera; las sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo y las sociedades de capital-riesgo cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora; en general las sociedades mercantiles; las sociedades emisoras de tarjetas de crédito; las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividad de cambio de moneda o gestión de transferencias, con inclusión de las actividades de giro o transferencia



internacional; las entidades de pago y las empresas de asesoramiento financiero, entre otras.

F. Asimismo, las distintas leyes habrán de fijar cuáles son las obligaciones a que se encuentran sujetas estas entidades en relación con las actividades de investigación del procedimiento así como el régimen de responsabilidad (administrativa/penal) en que pueden incurrir de no colaborar o negarse a prestar la información solicitada.

“Se han establecido una serie de criterios que se proponen para la armonización en el quebrantamiento del secreto bancario para fines de la investigación criminal y el combate a la delincuencia organizada, estos son:

1. El Estado asume la obligación de protección de la integridad del sistema financiero y de otros sectores de actividad económica mediante el establecimiento de obligaciones de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
2. En cuanto a la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, son sujetos obligados: a) las entidades de crédito; b) las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida y los corredores de seguros cuando actúen en relación con seguros de vida u otros servicios relacionados con inversiones, con las excepciones que se establezcan reglamentariamente; c) las

empresas de servicios de inversión; d) las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y las sociedades de inversión cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora; e) las entidades gestoras de fondos de pensiones; f) las sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo y las sociedades de capital-riesgo cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora; g) las sociedades de garantía recíproca; h) las entidades de pago; i) las personas que ejerzan profesionalmente actividades de cambio de moneda; j) los servicios postales respecto de las actividades de giro o transferencia; k) las personas dedicadas profesionalmente a la intermediación en la concesión de préstamos o créditos; l) los promotores inmobiliarios y quienes ejerzan profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación en la compraventa de bienes inmuebles; m) los auditores de cuentas, contables externos o asesores fiscales; n) los notarios y los registradores; ñ) los abogados u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos (trusts), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria; o) las personas que con carácter profesional y con arreglo a la normativa específica que en cada caso sea aplicable presten los siguientes servicios a terceros: i) constituir

sociedades u otras personas jurídicas; ii) ejercer funciones de dirección o secretaría de una sociedad, socio de una asociación o funciones similares en relación con otras personas jurídicas o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; iii) facilitar un domicilio social o una dirección comercial, postal, administrativa y otros servicios afines a una sociedad, una asociación o cualquier otro instrumento o persona jurídicas; iv) ejercer funciones de fideicomisario en un fideicomiso (trust) expreso o instrumento jurídico similar o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; y v) o ejercer funciones de accionista por cuenta de otra persona, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado y estén sujetas a requisitos de información conformes con el derecho comunitario o a normas internacionales equivalentes, o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; p) los casinos de juego; q) las personas que comercien profesionalmente con joyas, piedras o metales preciosos; r) las personas que comercien profesionalmente con objetos de arte o antigüedades; s) las personas que ejerzan actividades de depósito, custodia o transporte profesional de fondos o medios de pago; t) las personas responsables de la gestión, explotación y comercialización de loterías u otros juegos de azar respecto de las operaciones de pago de premios; u) las personas físicas que realicen movimientos de medios de pago, en determinados, en función de la cuantía; v) las personas que comercien profesionalmente con bienes, en determinados casos, en función del valor; w) las fundaciones y asociaciones, en los términos que se establezcan; y) los gestores de sistemas de pago y de compensación y liquidación de valores y productos financieros derivados, así como los gestores de tarjetas de crédito o debito emitidas por otras entidades.

3. Se entenderán, también, obligadas: a) las personas o entidades no residentes que, a través de sucursales o agentes o mediante prestación de servicios sin establecimiento permanente, desarrollen en España actividades de igual naturaleza a las de las personas o entidades citadas en los párrafos anteriores; b) tienen la consideración de sujetos obligados las personas físicas o jurídicas que desarrollen las actividades mencionadas en el apartado precedente. No obstante, cuando las personas físicas actúen en calidad de empleados de una persona jurídica, o le presten servicios permanentes o esporádicos, las obligaciones impuestas por esta Ley recaerán sobre dicha persona jurídica respecto de los servicios prestados; c) los sujetos obligados quedarán, asimismo, sometidos a las obligaciones establecidas respecto de las operaciones realizadas a través de agentes u otras personas que actúen como mediadores o intermediarios de aquéllos; d) Reglamentariamente podrán excluirse aquellas personas que realicen actividades financieras con carácter ocasional o de manera muy limitada cuando exista escaso riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo.
4. Los sujetos obligados identificarán a cuantas personas físicas o jurídicas pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones. En ningún caso los sujetos obligados mantendrán relaciones de negocio o realizarán operaciones con personas físicas o jurídicas que no hayan sido debidamente identificadas. Queda prohibida, en particular, la apertura, contratación o mantenimiento de cuentas, libretas, activos o instrumentos numerados, cifrados, anónimos o con nombres ficticios. Con carácter previo al establecimiento de la



relación de negocios o a la ejecución de cualesquiera operaciones, los sujetos obligados comprobarán la identidad de los intervinientes mediante documentos fehacientes. En el ámbito del seguro de vida, la comprobación de la identidad del tomador deberá realizarse con carácter previo a la celebración del contrato. La comprobación de la identidad del beneficiario del seguro de vida deberá realizarse en todo caso con carácter previo al pago de la prestación derivada del contrato o al ejercicio de los derechos de rescate, anticipo o pignoración conferidos por la póliza.

5. Los sujetos obligados identificarán al titular real y adoptarán medidas adecuadas a fin de comprobar su identidad con carácter previo al establecimiento de relaciones de negocio o a la ejecución de cualesquiera operaciones.

6. Los sujetos obligados obtendrán información sobre el propósito e índole prevista de la relación de negocios. En particular, los sujetos obligados recabarán de sus clientes información a fin de conocer la naturaleza de su actividad profesional o empresarial y adoptarán medidas dirigidas a comprobar razonablemente la veracidad de dicha información. Tales medidas consistirán en el establecimiento y aplicación de procedimientos de verificación de las actividades declaradas por los clientes. Dichos procedimientos tendrán en cuenta el diferente nivel de riesgo y se basarán en la obtención de los clientes de documentos que guarden relación con la actividad declarada o en la obtención de información sobre ella ajena al propio cliente.



7. Los sujetos obligados aplicarán medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios, incluido el escrutinio de las operaciones efectuadas a lo largo de dicha relación a fin de garantizar que coincidan con el conocimiento que tenga el sujeto obligado del cliente y de su perfil empresarial y de riesgo, incluido el origen de los fondos y garantizar que los documentos, datos e información de que se disponga estén actualizados.
8. Reglamentariamente se determinarán las medidas simplificadas de diligencia debida respecto de clientes, productos u operaciones.
9. Reglamentariamente se determinarán las medidas reforzadas de diligencia debida en aquellos supuestos que presentan un alto riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo.
10. Los sujetos obligados examinarán con especial atención cualquier hecho u operación, con independencia de su cuantía, que, por su naturaleza, pueda estar relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, reseñando por escrito los resultados del examen. En particular, los sujetos obligados examinarán con especial atención toda operación o pauta de comportamiento compleja, inusual o sin un propósito económico o lícito aparente, o que presente indicios de simulación o fraude.
11. Los sujetos obligados deberán establecer medidas de control interno, así como medidas de formación, protección e idoneidad de empleados, directivos y agentes.



12. El Estado impulsará y coordinará el control de prevención del blanqueo de capitales a través del Organismo de Prevención del Blanqueo de Capitales, que será responsable de la imposición de sanciones en la materia³⁶.

³⁶ www.goesjuridica.com.thlm. Día de consulta: 04-09-2015.

CONCLUSIONES

1. En los últimos años, en Guatemala se ha incrementado el número de ilícitos que se cometen por particulares relacionados con el lavado de dinero, narcotráfico y que tienen su base en el crimen organizado, que ha sido difícil para las autoridades policiales y el Ministerio Público y la Intendencia de Verificación Especial, poder erradicar o combatir.
2. Se han creado una serie de legislaciones para el combate del crimen organizado recientemente, como la Ley de Lavado de Dinero u Otros Activos, la Ley contra el Narcotráfico y la Ley de Extinción de Dominio, sin embargo, ello no ha sido suficiente.
3. El secreto bancario se encuentra establecido completamente en el Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Bancos y Grupos Financieros y ha sido interés de funcionarios regularlo a través de la conformación de facultades de los jueces especialmente cuando se trata del combate al crimen organizado.



4. Se ha hecho una mala interpretación de lo contenido en el Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, que regula la Ley de Bancos y Grupos Financieros, respecto a la confidencialidad de operaciones, amparándose los grupos criminales sobre esa base para no ser investigados, por lo que se hace necesario que a través de un marco normativo se determinen los límites y alcances del secreto bancario con las excepciones que ya se han analizado en el desarrollo de este trabajo, como lo son en investigaciones criminales y por orden de juez competente, así como también en el aspecto tributario.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que los entes que se encargan de la investigación criminal, como sucede en el caso del Ministerio Público y de la Policía Nacional Civil, puedan hacer una interpretación correcta de lo que se concibe como secreto bancario y soliciten las debidas autorizaciones judiciales para quebrantarlo en función de la investigación criminal en hechos considerados de gravedad y en perjuicio para la sociedad guatemalteca.
2. A través de la intervención de las comisiones respectivas del Congreso de la República de Guatemala, se debe establecer cuáles podrían ser los límites y alcances del secreto bancario, en cuanto a no afectar los derechos a la intimidad de las personas, la seguridad de sus bienes, la investigación criminal y la detección de ilícitos derivado del quebrantamiento del secreto bancario, y en general que dichas disposiciones legales sean eficaces para evitar que los estados financieros de los cuenta habientes queden vulnerables en cuanto a su uso, y se puedan llevar a la justicia a los criminales organizados.
3. El Organismo Legislativo debe analizar la iniciativa de ley que pretende quebrantar el secreto bancario, en coordinación con otras normas constitucionales y ordinarias relacionadas al derecho a la intimidad, y a la transparencia, para que se cree un marco normativo adecuado, tal y como se propone en el presente trabajo de investigación.



4. Se debe crear una Comisión integrada por jueces contralores de la investigación en lo que respecta al quebrantamiento del secreto bancario y sus condiciones, a efecto de que exista garantía de que no habrán abusos y excesos en perjuicio de los particulares.



BIBLIOGRAFÍA

AZAUESTRE FERNANDEZ, María José. **El secreto bancario**. Librería Bosch, S.L. 1ª ed., 1ª Barcelona España.

BAGELLA, Michelle. **Análisis comparativo de las legislaciones y las medidas contra el lavado de dinero proveniente de actividades ilícitas en cinco países latinoamericanos**. Roma: Instituto Italo Latino Americano. 1998.

BONFATI, Mario Alberto. **Manual de derecho bancario**. Edición 2 ed. Actualizada con las Normas bancarias uniformes, legislación y jurisprudencia vigentes. Imp / Ed. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, 1987.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 3t.; 12ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1979.

CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y foral**. 2t.; 2vols.; 9ª. ed.; Madrid, España: Ed. Reus, Centro de Enseñanzas y publicaciones, S.A., 1957.

Corte de Constitucionalidad. Gaceta 84 Sentencia de fecha 26 de abril del 2007, expediente 2622-2007.

Corte de Constitucionalidad. Gaceta 84 Expediente 1480-2005 fecha 9 de mayo 2009.

Corte de Constitucionalidad. Gaceta 79 Expediente 68-2006 sentencia de fecha 22 marzo 2006.

Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 60 Expediente 610-2001, de fecha la sentencia, 29 de junio 2001.



COUTURE, Eduardo José. **Fundamento del derecho procesal civil**. 3ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Roque Depalma., 1958.

COVIELLO, Nicolás. **Doctrina general del derecho civil**, traducida al español por Felipe de J. Tena, Unión Tipográfica. 4ª. ed.; México: Ed. Hispano-Americana., 1938.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español, parte general**. 1vols.; 3ª. Ed.; Madrid, España: Ed. Revista de Derecho Privado., 1968.

FEHRENBACH, T. R. **Los bancos suizos**. Edición: 4º. Editorial Diana, Barcelona México, 1996.

Folleto Informático del Banco de Guatemala. **Reseña Histórica de la creación de la Banca en Guatemala**.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal, introducción y parte general**. Edición 16, editorial Abeledo-Perrot, 1998. España.

Informe del Banco de Guatemala, folleto s-f. del año 2000.

GARRIGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. 1t.; (s.l.i.): (s.e.), (s.f.).

GÓMEZ, Linda. **Derecho mercantil**. (s.l.i.): (s.e.), (s.f.).

GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, Ernesto. **Derecho de obligaciones**. 3ª. ed.; (s.l.i.): (s.e.), (s.f.).

LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos. **Transmisión de los títulos valores.** 1t.; (s.l.i.): (s.e.), (s.f.).

MOMMSEN, Theodor. **Historia de Roma.** Aguilar S.A. Ediciones, 1962. Artículos varios de la Unidad de Información y Análisis Financiero, UIAF. Colombia. 2003.

PANIAGUA CORZANTES, Maura Ofelia. **Los títulos valores que emiten las sociedades anónimas.** Guatemala: (s.e.), (s.f.).

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español.** 1t.; 2ª. ed.; Pamplona, España: Ed. Aranzadi., 1974.

RIVERA CLAVERÍA, Julio. **Instituto de estudios en seguridad, el crimen organizado.** Año 2011, Guatemala.

RODRÍGUEZ ARANA, Adrián Rolando. **Estudio y análisis de la caducidad y la prescripción en la legislación y jurisprudencia guatemalteca.** Guatemala: (s.e.), (s.f.).

RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri y Carlos López Rodríguez. **Clasificación de los títulos valores.** 1t.; (s.l.i.): (s.e.), (s.f.).

ROJAS CHET, Celso. **La prescripción extintiva y su regulación en la legislación guatemalteca.** (s.l.i.): (s.e.), (s.f.).

RUIZ TORRES, Humberto Enrique. **Derecho bancario.** Editorial Oxford University Press México, colección textos jurídicos universitarios.



TINOCO, Andrea. **Instructivo de derecho II. 2t.; (s.l.i.): (s.e.), (s.f.)**.
www.derechocomercial.edu.uy/parte4.htm.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Tomo I, 5ª. ed.,
Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria, 2001.

www.wikipedia.com.html. 04-09-2015

www.goesjuridica.com.html. 04-09-15

www.ong.com.html. 09-09-2015

www.ocde.com.html. 09-09-2015

www.sib.com.html. 12, 14 y 17 de septiembre de 2015

www.lamafiasisiliana.com.html. 09-09-2015

Legislación

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

Código de Comercio de Guatemala. Decreto número 2-70 del Congreso de la
República.



Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.
Decreto Ley número 106, 1964

Código Penal. Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala,
1986.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la
República de Guatemala. Decreto Ley 107, 1964

Ley contra el Lavado de Dinero y Otros Activos. Decreto 61-2001 del Congreso de la
República de Guatemala.

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

Ley de Extinción de Dominio. Decreto número 55-2010 del Congreso de la República
de Guatemala.