

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



**LA INCIDENCIA NEGATIVA DEL LAVADO DE DINERO  
EN EL SECRETO BANCARIO GUATEMALTECO**

**MILTON ROBERTO ESTUARDO RIVEIRO GONZALEZ**

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2007.

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

**LA INCIDENCIA NEGATIVA DEL LAVADO DE DINERO EN EL SECRETO  
BANCARIO GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**MILTON ROBERTO ESTUARDO RIVEIRO GONZALEZ**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO**

**EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Guatemala, noviembre de 2007.



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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro Lopéz
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**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 la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Lic. Nery Orellana Leiva.  
Abogado y Notario  
15 avenida 15-16 zona 01  
edificio Gerona ala norte  
Tel: 24119191 ext. 5019, 24119113.

Guatemala, 26 de enero de 2006.



Licenciado  
Marco Tulio Castillo Lutín  
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Licenciado Castillo Lutín:

En cumplimiento del dictamen emanado de la Unidad de Tesis, bajo su digno cargo, de fecha 25 de octubre de 2,005, en la cual se me nombra Asesor del trabajo de Tesis del estudiante Milton Roberto Estuardo Riveiro Gonzalez, carné 199916871, intitulado "LA INCIDENCIA NEGATIVA DEL LAVADO DE DINERO EN EL SECRETO BANCARIO GUATEMALTECO", procedo a emitir el siguiente dictamen.

La investigación realizada por el sustentante, posee un contenido visto desde el punto de vista legal y doctrinario, la metodología utilizada se baso en el método analítico como deductivo, así como en las técnicas de investigación de carácter documental, bibliográfico, y de observación, redactada de una manera clara, práctica y de fácil comprensión, dando un aporte técnico como científico que puede ser utilizado por docentes y estudiantes de las diferentes instituciones educativas, aportando conclusiones y recomendaciones que deben de ser tomadas en cuenta para contribuir en la lucha contra el lavado de dinero, dando una visión equilibrada del secreto bancario el cual no puede estar por encima del interés público y general, el orden que se siguió en el desarrollo de la presente investigación es correcto y para su elaboración se utilizó bibliografía de conocidos autores así también se hizo un análisis en materia de derecho comparado.

El trabajo de tesis llena todos los requisitos exigidos por el reglamento universitario vigente, tomando muy en cuenta lo que para el efecto se encuentra establecido en el artículo 32 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Por las razones expuestas, el suscrito asesor aprueba y emite DICTAMEN FAVORABLE, en el trabajo de tesis del bachiller Milton Roberto Estuardo Riveiro Gonzalez, para que continúe con el trámite respectivo.

Sin otro particular, me suscribo del Señor Decano con muestras de mi consideración y estima.

Colegiado No.6210

Lic. Nery Orellana Leiva  
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
Ciudad Universitaria  
Guatemala



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, dos de febrero de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) YOLANDA GÓMEZ VÁSQUEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **MILTON ROBERTO ESTUARDO RIVEIRO GONZÁLEZ**, intitulado: **"LA INCIDENCIA NEGATIVA DEL LAVADO DE DINERO EN EL SECRETO BANCARIO GUATEMALTECO"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

**LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**

cc. Unidad de Tesis  
MTCL/sllh



Licda. Yolanda Gómez Vásquez  
Colegiada 5054  
15 av. 15-16 zona 1  
Tel. 24119211



Guatemala, 08 de marzo de 2,007.

Licenciado  
Marco Tulio Castillo Lutín  
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Licenciado Castillo Lutín:

En atención a su providencia de fecha 2 de febrero de 2,007, en la cual se me designa como revisor del trabajo de tesis del estudiante Milton Roberto Estuardo Riveiro Gonzalez, carné 199916871, intitulado "LA INCIDENCIA NEGATIVA DEL LAVADO DE DINERO EN EL SECRETO BANCARIO GUATEMALTECO", procedo a emitir el siguiente dictamen.

Por la naturaleza del tema, la suscrita consideró que el mismo es de gran utilidad y el trabajo de tesis reúne los puntos más importantes que de acuerdo a la temática desarrollada se debían de tratar, para servir como un material de consulta útil, sencillo y de fácil comprensión, es importante indicar que el mismo se desarrolla de acuerdo al plan de investigación propuesto y aprobado, por el órgano correspondiente de nuestra facultad, tomando en cuenta la importancia que tiene para nuestro país la lucha contra el lavado de dinero por lo que se trato el tema en forma seria y responsable confrontando la realización del trabajo del estudiante con las técnicas de investigación de tipo documental, bibliográfico y estadístico utilizadas, lo que a su vez originó sesiones de trabajo.

La tesis llena todos los requisitos exigidos por el reglamento universitario vigente, tomando muy en cuenta lo que para el efecto se encuentra establecido en el artículo 32 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Por las razones expuestas, el suscrito revisor aprueba y emite DICTAMEN FAVORABLE, en el trabajo de tesis del bachiller Milton Roberto Estuardo Riveiro Gonzalez, para que continúe con el trámite respectivo.

  
YOLANDA GOMEZ VASQUEZ  
ABOGADO Y NOTARIO

Colegiada 5054

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
Ciudad Universitaria, Zona 12  
Guatemala, C.A.



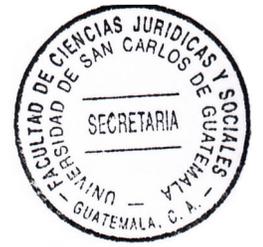
**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.**

Guatemala, diecisiete de julio del año dos mil siete

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MILTON ROBERTO ESTUARDO RIVEIRO GONZALEZ, Titulado "LA INCIDENCIA NEGATIVA DEL LAVADO DE DINERO EN EL SECRETO BANCARIO GUATEMALTECO" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/silh





## DEDICATORIA

- A DIOS:** Gracias padre, porque todo lo que me has dado te lo debo a ti, y por dejarme alcanzar este éxito.
- A MIS PADRES:** Miriam E. Gonzalez Ruano, Carlos Roberto Riveiro Cahuec, muchas gracias por todo el apoyo recibido, este triunfo se los dedico, con mucho aprecio.
- A MI HIJO:** Daniel Alejandro Riveiro Juarez, luz de mi vida, inspiración de mis metas.
- A MIS HERMANOS:** Zulma, Carlos, Jennifer, gracias porque siempre me han ayudado y cuando mas lo necesite, allí estuvieron y en ningún momento me dejaron solo.
- A MIS SOBRINOS:** Alejandro, Estefany con mucho amor.
- A MIS AMIGOS:** Fernando Fernandez, Manuel Caceres, Allan Najarro, Carlos López, Luís García, por su cariño y amistad.
- ESPECIALMENTE:** Debie C. Juárez, Juan B. Juárez, Otto Rene Sánchez, Oswaldo Romero, Alma Elizabeht Bendfeldt García y Carolina L. Ruano.
- A LOS PROFESIONALES:** Fernando Mendizábal, Mario Elizardi, Yolanda Gómez, Nery Orellana, de quienes he adquirido conocimientos y experiencia profesional.
- A LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,** especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



## ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

### CAPÍTULO I

1. Orígenes históricos de los paraísos fiscales y el lavado de dinero.....	1
1.1. Aspectos generales.....	1
1.2. Definiciones y conceptos.....	2
1.2.1. Paraíso fiscal.....	2
1.2.1.2. Secreto bancario.....	2
1.2.1.3. Economía de impuestos o ahorro fiscal.....	3
1.2.1.4. Sustracción de impuestos.....	3
1.2.1.5. Fraude fiscal.....	3
1.3. El delito de lavado de dinero.....	4
1.3.1. Datos históricos.....	4
1.3.2. Lavado de dinero.....	5
1.3.3. Las causas del lavado de dinero.....	5
1.3.3.1. Aspectos generales.....	5

### CAPÍTULO II

2. Las consecuencias del lavado de dinero.....	9
2.1. Aspectos generales.....	9
2.1.2. Vulnerabilidad de los mercados en desarrollo.....	10
2.2. Consecuencias económicas del lavado de dinero.....	11
2.3. Debilitamiento de la integridad de los mercados financieros.....	12
2.4. Pérdida del control de la política económica.....	12
2.5. Distorsión económica e inestabilidad.....	13
2.6. Pérdidas en la recaudación tributaria.....	14
2.7. Riesgo para los esfuerzos de privatización.....	14



Pág.

2.8. Riesgo para la reputación financiera.....	14
2.9. Consecuencias sociales del lavado de dinero.....	15
2.10. Las formas del lavado de dinero.....	15
2.10.1. El prelavado.....	15
2.10.2. Continuación el lavado.....	16
2.10.3. Al fin el reciclado.....	16
2.11. Técnicas de lavado de dinero.....	16
2.11.1. Estructurar o hacer trabajo de hormiga.....	16
2.11.2. Complicidad de un funcionario u organización.....	17
2.11.2.3. Mezclar.....	17
2.11.2.4. Compañías de fachada.....	17
2.11.2.5. Compra de bienes o instrumentos monetarios con productos en efectivo.....	18
2.11.2.6. Contrabando en efectivo.....	18
2.12. Transferencias telegráficas o electrónicas.....	19
2.12.1. Cambiar la forma de productos ilícitos por medio de compras de bienes o instrumentos monetarios.....	20
2.12.2. Venta o exportación de bienes.....	21
2.12.3. Ventas fraudulentas de bienes inmuebles.....	21
2.12.4. Establecimiento de compañías de portafolio o nominales o denominadas shell company.....	21
2.12.5. Complicidad de la banca extranjera.....	22
2.13. Transferencias inalámbricas o entre corresponsales.....	22
2.14. Falsas facturas de importación exportación o doble facturación.....	23
2.14.1. Garantías de prestamos.....	23
2.14.2. Venta de valores a través de falsos intermedios.....	24
2.15. Internet como mecanismo alternativo para el lavado de dinero.....	24
2.15.1. Menor vulnerabilidad en la detección de las operaciones.....	26
2.15.2. La velocidad de las transacciones dificulta su control.....	26
2.15.3. Dificultad para detectar los fondos ilícitos dentro	



Pág.

del volumen general de negocios.....	26
2.16. Los bancos corresponsales y su uso como instrumento para lavar dinero.....	27
2.16.1. Los peligros de las relaciones corresponsales.....	28

### **CAPÍTULO III**

3. El lavado de dinero en la Legislación Guatemala.....	31
3.1. Ley contra el lavado de dinero u otros activos.....	31
3.1.1. Comete el delito de lavado de dinero u otros activos.....	31
3.1.1.2. Personas individuales.....	32
3.2. Personas jurídicas.....	32
3.2.1. Del procedimiento.....	33
3.2.2. Providencias cautelares.....	33
3.2.3. De las personas obligadas y de sus obligaciones.....	33
3.3. Intendencia de Verificación especial.....	34
3.3.1. El objetivo de la intendencia.....	34
3.4. El grupo de acción financiera internacional sobre el blanqueo de capitales.....	34
3.5. La detección de operaciones de lavado de dinero por medio de control de operaciones bancarias.....	36
3.5.1. Fundamentos y objetivos.....	36
3.5.1.2. Procedimiento y control.....	38
3.5.1.3. Procedimientos de identificación.....	38
3.5.1.4. Reconocimiento y reporte de transacciones financieras sospechas.....	39
3.6. La represión de la legitimación de capitales y el secreto bancario.....	40
3.6.1. Aspectos generales.....	40
3.6.2. Medidas para contribuir a evitar la utilización del sector financiero como vehículo para el lavado de dinero.....	42

## CAPÍTULO IV

4. Secreto bancario.....	47
4.1. Reseña histórica del secreto bancario.....	47
4.1.2. Aspectos generales.....	47
4.2. El concepto de secreto bancario.....	50
4.2.1. Aspectos generales.....	50
4.3. Sujetos del secreto bancario.....	53
4.4. Utilidad de secreto bancario en general.....	55
4.4.1. Aspectos generales.....	55
4.4.1.2. Naturaleza jurídica del secreto bancario.....	55
4.4.1.3. Bien jurídico tutelado por la reserva bancaria.....	57
4.5. Sujeto beneficiado con el sigilo.....	58
4.6. Carácter no absoluto del secreto bancario.....	59
4.7. Fundamentos del secreto bancario.....	60
4.7.1. Aspectos generales.....	60
4.7.2. Uso.....	60
4.7.3. La buena fe.....	62
4.8. El contrato.....	65
4.9. El secreto profesional.....	66
4.10. Derechos humanos.....	66
4.11. La ley.....	67
4.12. Leyes que consagran el secreto bancario en Guatemala.....	69
4.13. Función del secreto bancario.....	71
4.14. Derecho comparado.....	72
4.14.1. Chile.....	72
4.14.2. Argentina.....	73
4.14.3. Uruguay.....	74
4.14.4. Panamá.....	75
4.14.5. Suiza.....	75
4.15. El secreto bancario en el proceso penal.....	78



**Pág.**

4.15.1. Aspectos generales.....	78
4.16. Aspecto del proceso penal.....	81
4.17. La obligación de prestar declaración testimonial.....	82
4.18. Delito de revelación del secreto bancario o profesional.....	83
4.19. Intervención del Ministerio Público.....	87
4.20. La prevención del lavado de dinero como límite al secreto bancario.....	88
CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIONES.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	95



## INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de la globalización de la economía mundial y de la eficiencia cada vez mayor de los mercados de capital, los particulares y las empresas pueden movilizar con relativa libertad grandes cantidades de dinero de un mercado financiero a otro, tanto a escala nacional como internacional, aunque difícil de cuantificar la magnitud de los montos en cuestión y el alcance de la actividad ilícita que generan estos ingresos repercuten en la asignación de los recursos a nivel nacional e internacional y en la estabilidad macroeconómica. Es imposible cuantificar directamente la magnitud de los beneficios netos que perciben los que realizan estas actividades es probable que el volumen total del dinero lavado sea mayor que el monto anual e incluso mayor que el producto interno bruto de muchos países.

El propósito de esta tesis, es desentrañar la importancia de un fenómeno nocivo para el desarrollo de nuestro país, la problemática se agrava en la medida que el Estado de Guatemala carece de los recursos necesarios para realizar una lucha frontal que contrarreste esta actividad delictiva, repercutiendo en que la imagen internacional de nuestro país sea negativa.

El lavado de dinero es un delito transnacional que implica el encubrimiento de activos financieros de modo que pueden ser usados sin que se detecte la actividad ilegal que los produce, los cuales producen efectos terribles distorsionando los mercados financieros destruye la actividad económica real generando un capitalismo virtual.

El documento que se presenta a continuación está orientado a destacar los aspectos básicos que deben ser considerados por los países de nuestra región para establecer instituciones, normas jurídicas y regulaciones eficientes y adecuadas para prevenir con posibilidades de éxito el delito de lavado de dinero, ilícito de carácter transnacional que tiene la capacidad de ejercer nocivos efectos sobre las sociedades consideradas en su conjunto.



Son varios los objetivos que se pretenden alcanzar con la elaboración de este documento:

En primer lugar, se espera contribuir a mejorar la comprensión de un fenómeno delictivo de gran sofisticación operativa que aún no hemos entendido ni controlado suficientemente. Solamente una cabal comprensión de todos sus componentes hará posible diseñar estrategias antilavado en la dirección adecuada.

En segundo lugar, ofrecer una visión de los principios fundamentales y de las acciones que ha venido adoptando la comunidad internacional para proteger al sistema financiero de ser utilizado para realizar transacciones ilícitas por parte del crimen organizado.

En tercer lugar, ayudar, mediante recomendaciones puntuales, a que los países de nuestra región y las instituciones regionales que les sirven de apoyo examinen la insoslayable conveniencia de establecer eficientes sistemas nacionales para la prevención y sanción de ese delito que sean consistentes con las prácticas modernas que existen para tal finalidad, si bien es cierto el Estado guatemalteco ya cuenta con herramientas pero le son insuficientes para combatir este flagelo.

La evolución de la banca en Guatemala, no es el resultado de un programa específico, ni ha estado basado en proyecciones sino por el contrario responde a las distintas circunstancias, experiencias y en general situaciones que han marcado su trasegar y que la han dotado de características especiales. El secreto bancario, como una obligación impuesta a los bancos para revelar a terceros los datos que se refieren a sus clientes y que llegan a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan, es una obligación que se impone derivada del ejercicio de una profesión, la profesión del banquero y constituye en esencia secreto profesional cuya violación puede dar lugar hasta sanciones penales, con excepciones que a su vez, deben estar herméticamente resguardadas, salvo cuando medie orden de juez competente.



Ante la globalización las economías están entrelazadas el capital no tiene fronteras y se estaciona en el lugar en donde encuentra mas confiabilidad y seguridad para fines de crecimiento económico y producción, en aquellas economías en donde existen amenazas el capital en vez de llegar busca otros mercados que le brinden seguridad y confianza. Una de estas amenazas se dan cuando el secreto bancario no es respetado en los términos que la ley señala particularmente en donde hay una intromisión de personas ajenas a la relación jurídica vinculante del secreto bancario.

El documento está dividido en cuatro capítulos que agrupan diversos tópicos. En el primer capítulo, se analizan los orígenes históricos de los paraísos fiscales y el delito de lavado de dinero. Asimismo, se comentan las causas que generan el lavado de dinero.

El segundo capítulo recoge algunas consideraciones de tipo general sobre las consecuencias del lavado de dinero, magnitudes y efectos desestabilizadores, sobre ciertas variables macroeconómicas, que tienen los flujos de dinero ilícito. Se reseñan los principios operacionales que caracterizan al delito de lavado de dinero y las técnicas de blanqueo más comúnmente utilizadas a nivel nacional e internacional.

El capítulo tercero titulado "El lavado de dinero en la Legislación Guatemalteca", trata sobre las normas jurídicas que tipifican el delito de lavado de dinero así como las recomendaciones ratificadas e implementadas por el estado de Guatemala para erradicar este flagelo las cuales son insuficientes y las políticas concernientes al secreto bancario, así también se hace un recuento de las acciones adoptadas por la comunidad internacional para prevenir el uso del sistema financiero como un vehículo para realizar operaciones de lavado de dinero y se examinan, asimismo, los nuevos requerimientos de regulación, control y sanción que les demanda a los estados, el creciente flujo de capitales ilícitos que se movilizan a través del sistema financiero internacional.

Igualmente en esta sección se examina la cooperación que el Banco Interamericano de Desarrollo ha venido brindando y la que eventualmente puede



brindar a sus países miembros regionales para elevar la calidad y eficiencia operativa de las instituciones reguladoras; el marco jurídico para sancionar el delito de lavado de dinero para capacitar y entrenar en consonancia con estándares internacionales a los funcionarios que trabajan en cada país en las tareas de prevenir y sancionar a ese delito; todo ello con miras a ir desarrollando paulatinamente un sistema regional contra el lavado de dinero más homogéneo y seguro que actúe como factor de disuasión al crimen organizado de utilizar al sistema financiero como medio para consumir sus actividades ilícitas.

El capítulo cuarto trata sobre los orígenes históricos del secreto bancario, su naturaleza, fundamento y objetivo, así también el límite que debe existir y sus excepciones con relación a lavado de dinero.

Debido a que era necesario contar con los mecanismos que sirvieran de enfoque y soporte metódico a la presente investigación, que a la vez permitieran determinar las causas del fenómeno del lavado de dinero y su incidencia en el secreto bancario se optó por utilizar los siguientes métodos de investigación:

El método analítico: A través del cual se estudiarán los orígenes históricos del lavado de dinero su evolución y las diferentes técnicas para facilitar sus transacciones y su incidencia en el secreto bancario.

El método deductivo: Se partió de los conceptos teóricos de la doctrina existente y del estudio de algunas situaciones similares en otros países para analizar la realidad objetiva de la importancia del estudio del lavado de dinero y su incidencia en el secreto bancario.

La técnica de la entrevista: Nos permitió acceder a las fuentes físicas y/o personales, para recopilar la información necesaria y de primer orden.



La técnica bibliográfica: Implicó la fuente de la información y su registro ordenado, de las bases de datos tomados en las obras que se refieren al tema y/o problema, su descripción y sus ediciones; se incluyen leyes vigentes, derecho comparado, tesis de grado, textos, publicaciones.

La técnica de la observación: Que facilitó la realización de la investigación ya que a través de ésta técnica, se llegó a fijar la atención en el problema investigable que afectan a la sociedad.



## CAPÍTULO I

### 1. Orígenes históricos de los paraísos fiscales y el lavado de dinero

#### 1.1. Aspectos generales<sup>1</sup>

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

Los territorios de las islas del caribe o del Pacífico, han constituido zonas de protección para las flotas de las grandes potencias; puertos de acogida de navíos que los protegían de los piratas o de las tempestades.

Las primeras motivaciones económicas se remontan a los años 1920 – 1930, con el fin de librar las grandes fortunas de los impuestos, siendo su lugar de destino las islas de Man, las Bahamas, Liechtenstein, Suiza, Luxemburgo.

Tras la crisis de 1929 y el advenimiento de las políticas Keynesianas, la presión legal y fiscal aumenta en los países desarrollados, creando un desacompasamiento con las legislaciones de zonas de débil fiscalidad entre ellas Suiza, Luxemburgo y Mónaco.

El fenómeno se acelera a partir de la segunda guerra mundial; a partir de entonces se desarrolla una verdadera estrategia económica por parte de ciertos estados especialmente en América Latina que al no recibir la ayuda económica prometida decidirán comercializar su soberanía, para enfrentarse a la degradación de los términos de intercambio en el comercio de materias primas.

---

<sup>1</sup>González, Pedro, Globalización, mundialización economía, blanqueo, instrumentos financieros, pág. 12.



Estas zonas de baja presión fiscal atraen los capitales internacionales, los holding financieros de empresas multinacionales pero también el dinero sucio, en los años sesenta, la formación de enormes masas de eurodólares que buscan evitar las restricciones a la renumeración del ahorro en Estados Unidos, el exceso de dólares puestos en circulación por este país para su beneficio, comienzan lo que mas tarde será una burbuja financiera.

Los años setenta constituyen la fase siguiente del desarrollo de los paraísos bancarios fiscales, pues se convierten en uno de los elementos estructurantes de la mundialización financiera que prospera de eurodólar en petrodólar, a favor de cambios flotantes, sobre las cenizas de Bretón Woods, lo que se conoce como fin de la convertibilidad del dólar en oro en 1,971<sup>2</sup>

Todos los grandes establecimientos financieros, favorecidos por la plaza financiera de Londres, ganaron con el desarrollo de estas zonas de baja o nula fiscalidad, haciendo circular los capitales nómadas en busca de beneficios, de este modo, mundialización financiera, paraísos fiscales y dinero sucio se desarrollan de modo concomitante.

## **1.2. Definiciones y conceptos**

### **1.2.1. Paraíso fiscal**

País en el cual una reglamentación monetaria y una fiscalidad mas flexible y más favorable que en el resto del mundo, atraen los capitales extranjeros <sup>3</sup>

#### **1.2.1.2. Secreto bancario**

Secreto profesional aplicado a los bancos, a sus órganos y empleados, no pueden divulgar el nombre de sus clientes, sus haberes ni ninguna cuestión que les

---

<sup>2</sup> González, Pedro, Globalización, mundialización economía, blanqueo, instrumentos financieros, pág. 14.



concierna sean quienes sean, legatarios o salvo declaración de quiebra, o a menos que surja un litigio sobre una operación bancaria entre el banco y el cliente, se distingue la economía de impuestos, legal, de la sustracción de impuestos y del fraude fiscal, que no lo son<sup>4</sup>.

### **1.2.1.3. Economía de impuestos o ahorro fiscal**

Utilización por un contribuyente o por una sociedad, de posibilidades ofrecidas conforme al derecho, para reducir o evitar un impuesto.

### **1.2.1.4. Sustracción de impuestos**

Violación por parte de un contribuyente o de una sociedad de una obligación que le impone la ley, omisión en la declaración de ciertas rentas o de elementos de fortuna que en consecuencia no serán gravados.

### **1.2.1.5. Fraude fiscal**

Puesta en práctica por un contribuyente o por una sociedad, medios destinados a engañar al fisco, utilizando por ejemplo documentos falsos, o bien falsificados o inexactos como libros de contabilidad, memorias de resultados, balances, certificados de salarios y otras atestaciones, el fraude fiscal puede por tanto relacionarse con una estafa, o con una falsificación de títulos.

Los paraísos bancarios y fiscales se caracterizan por:

- La falta de penalidad contra el blanqueo del dinero.
- La falta de impuesto sobre el beneficio o el ingreso.
- La falta de tasas sobre las donaciones y las herencias.
- El secreto bancario.

---

<sup>3</sup> Petit, Robert, Diccionario de economía, pág. 231

<sup>4</sup> Termes, Rafael, desde la Banca. Ed. Rialp, S.A. Vol. 2. España, pág.198.



- La existencia de cuenta anónimas y numeradas, la no obligación para el banco de conocer al cliente.
- La interdicción para el banquero de revelar a las autoridades judiciales o fiscales el nombre del beneficiario de una transacción o del titular de una cuenta.
- La falta de control de las transacciones financieras.
- La falta de obligación para el banquero de llevar un libro financiero.
- La existencia de instrumentos monetarios al portador.
- La falta o la escasez de organismos de control bancario.
- La presencia de zonas francas.
- La existencia de cuentas bancarias en dólares.
- La falta de obligación para el banquero de informar a las autoridades de transacciones dudosas.
- El disimulo de informaciones y de estadísticas para las instituciones financieras nacionales.
- La falta o la escasez de los medios de investigación sobre las actividades criminales o de corrupción generalizada.

### **1.3. El delito de lavado de dinero**

#### **1.3.1 Datos históricos<sup>5</sup>**

Aunque la expresión lavado de dinero no apareció en la prensa hasta el escándalo del Watergate, los investigadores han seguido durante mucho tiempo el sabio consejo de Deep Trota, si bien no se declaró ilegal hasta 1986, el lavado de dinero, o la falta de aptitud para hacerlo sin dejar huellas ha figurado en casos célebres, dos de los delincuentes más tristemente famosos de Estados Unidos del siglo XX fueron víctimas de su torpeza para ocultar su dinero, lo que finalmente llevó a Al Capone a la cárcel fue la evasión de impuestos, no su pandillerismo.

---

<sup>5</sup>García, Díaz, Fernando, lavado de dinero y narcotráfico, 1996. Ediciones Universidad central. Santiago de Chile



Richard Hauptmann que secuestró al hijo del famoso aviador Charles Lindbergh en 1932, fue detenido por la justicia por no haber sabido lavar el dinero del rescate.

### **1.3.2. Lavado de dinero<sup>6</sup>**

El lavado de dinero es el procedimiento subrepticio, clandestino y espurio mediante el cual los fondos o ganancias procedentes de actividades ilícitas provenientes de la venta de armamento, la prostitución, trata de blancas delitos comunes, económicos, políticos y conexos, contrabando, evasión tributaria, narcotráfico, estas ganancias son reciclados al circuito normal de capitales o bienes y luego usufructuados mediante ardidés tan heterogéneos como tácticamente hábiles.

### **1.3.3. Las causas del delito de lavado de dinero**

#### **1.3.3.1. Aspectos generales**

Como consecuencia de la globalización de la economía mundial y de la eficiencia cada vez mayor de los mercados de capital, los particulares y las empresas pueden movilizar con relativa libertad grandes cantidades de dinero de un mercado financiero a otro, tanto a escala nacional como internacional.

Sin embargo, esta eficiencia y la libertad con que se realizan las transacciones de capital, permite a elementos criminales blanquear, a escala internacional, el dinero que obtienen de actividades ilícitas que realizan en algunos países.

Aunque difícil de cuantificar, la magnitud de los montos en cuestión y el alcance de la actividad ilícita que generan estos ingresos repercuten en la asignación de los recursos a nivel nacional e internacional, y en la estabilidad macroeconómica<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> <http://usinfo.state.gov/>

<sup>7</sup> Ramonet, Ignacio. Efectos de la globalización en los países en desarrollo, 2000 Santiago de Chile, pag. 33.



En consecuencia, en los últimos años el lavado de dinero y las medidas adoptadas para contrarrestar estas actividades han adquirido una importancia crucial a escala internacional.

En dos documentos de trabajo del fondo monetario internacional se analiza el costo de las actividades internacionales de lavado de dinero para la economía mundial y se proponen posibles medidas coercitivas.

Estas actividades, que se concentran en un grupo relativamente pequeño de países en que el crimen esta organizado y la corrupción generalizada, abarca, sobre todo la producción y la distribución de drogas ilícitas así como el robo, el fraude, las transacciones basadas en información privilegiada, el trafico de material nuclear, la usura.

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

La concentración de enormes cantidades de recursos en operaciones de lavado de dinero ha hecho que se recurra a métodos cada vez más complejos para blanquear estos activos.

Actualmente para el lavado de dinero se utiliza una amplia gama de instrumentos financieros, incluidos los instrumentos derivados y es cada vez más común que los intermediarios sean instituciones financieras tradicionales como bancos o similares, corredores y agentes de los mercados bursátiles y cambiarios, así como mercados financieros paralelos menos convencionales.

Entre tanto la creciente complejidad técnica de los mercados internacionales de capital han contribuido a fomentar las operaciones de lavado de dinero.



El hecho de que el volumen de capital legítimo que circula con relativa libertad por los mercados mundiales sea mucho mayor, ha permitido que los recursos de origen dudoso se infiltren sin problema en este enorme caudal de dinero.

En consecuencia en muchos casos es imposible distinguir entre flujos de capital atribuibles a divergencias o cambios en la política económica y los que tiene su origen en intentos de lavado de dinero.

El proceso de modernización de los estados demanda de las autoridades gubernamentales asumir una mayor responsabilidad hacia específicos relevantes temas que no habían sido abordados anteriormente.

Entre ellos destaca la lucha contra la corrupción y sus prácticas como el fraude, el soborno, pagos ilícitos y lavado de dinero. La corrupción gracias al alto grado de desarrollo de los medios tecnológicos y a la apertura de la desregulación, tiene un amplio espectro de posibilidades para la generación de actividades con motivaciones contrarias a los fines del estado y de la sociedad.

Es por ello que, en la agenda de los países, la transparencia, la ética y la preparación técnica para combatir este flagelo ocupan un lugar prioritario.

Bajo tales circunstancias, el lavado de dinero y las medidas para combatirlo eficazmente se han constituido en un importante aspecto que concita la atención y los esfuerzos de la comunidad internacional.

La tendencia actual es hacia la criminalización del lavado de dinero en todo el mundo y hay razones que lo explican. En primer término, la aceptación de la teoría de que poco vale atacar a los delincuentes si sus ganancias quedan intactas: el beneficio neto, es decir el enriquecimiento personal del delincuente, constituye la motivación del delito y proporciona, al mismo tiempo, los medios o el capital operacional requerido para seguir delinquiriendo.



En segundo término, se considera que aquellos que, como los lavadores de dinero, facilitan a los delincuentes el disfrute con apariencia de legalidad del dinero mal habido también deben ser juzgados y castigados.

Todo delincuente, ya sea defraudador bursátil, desfalcador de empresas o traficante de drogas, por ejemplo, necesita blanquear sus ingresos porque el dinero puede servir de pista para descubrir y probar el delito.



## CAPÍTULO II

### 2. Las consecuencias del lavado de dinero

#### 2.1. Aspectos generales

Esta práctica distorsiona las decisiones comerciales, aumentan el riesgo de la quiebra bancaria, quita al gobierno el control de la política económica daña la reputación del país y expone a su pueblo al tráfico de drogas, el contrabando y otras actividades delictivas.

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

El lavado de dinero es esencial para lograr el funcionamiento efectivo de prácticamente toda forma de delincuencia transnacional y organizada.

El lavado de dinero tiene potencialmente consecuencias devastadoras económicas y sociales así como para la seguridad, es combustible con que traficantes de drogas, terroristas, comerciantes ilegales en armas, funcionarios públicos corruptos y demás pueden operar y ampliar sus actividades ilícitas.

Actualmente el alcance internacional del delito va en aumento y los aspectos financieros de éste son más complejos debido al rápido avance de la tecnología y la mundialización de la industria de los servicios financieros, los modernos sistemas financieros además de facilitar el comercio legítimo permiten también a los delincuentes ordenar el traslado de millones de dólares instantáneamente por medio de computadoras personales y antenas que reciben señales de satélite.



Debido a que el lavado de dinero depende hasta cierto punto de sistemas de operaciones financieras existentes las opciones que tiene el delincuente para lavar dinero están limitadas sólo por su imaginación.

El dinero se lava por intermedio de las casas de cambio de moneda, casas de corretaje de bolsa, comerciantes en oro, casinos, vendedores de automóviles, compañías de seguros sociedades mercantiles, los servicios de transacciones bancarias privadas, los bancos extraterritoriales las sociedades ficticias las zonas de libre comercio los sistemas de telégrafo y la financiación comercial todos pueden encubrir actividades ilícitas.

El lavado de dinero desenfrenado puede erosionar la integridad de las instituciones financieras de un país debido al alto grado de integración de los mercados de capital esta actividad puede también afectar adversamente las monedas y las tasas de interés.

El dinero lavado fluye hacia los sistemas financieros mundiales donde puede las economías y monedas nacionales por lo que representa una grave amenaza a la seguridad nacional e internacional.

### **2.1.2. Vulnerabilidad de los mercados en desarrollo**

Este fenómeno es un problema no solamente en los principales mercados financieros y centros extraterritoriales del mundo sino en los mercados en desarrollo de hecho todo país integrado en el sistema financiero internacional corre peligro, a medida que los mercados en desarrollo abren sus economías y sectores financieros, llegan a ser progresivamente blancos viables de esta actividad.

Los esfuerzos intensificados de las autoridades de los principales mercados financieros y en muchos centros financieros extraterritoriales para combatir esta



actividad ofrecen un incentivo más para que los delincuentes trasladen sus actividades a los mercados en desarrollo.

Un ejemplo de la vulnerabilidad lo constituyen los envíos transnacionales crecientes de dinero en efectivo hacia mercados que tienen sistemas deficientes para detectar y registrar la colocación de dinero en efectivo en el sistema financiero así como una inversión creciente por grupos de delincuentes organizados en bienes raíces y otros negocios en los mercados en desarrollo.

Desafortunadamente los efectos negativos del lavado de dinero tienden a magnificar estos mercados, un examen detenido de algunos de estos efectos negativos tanto en el campo microeconómico como en el macroeconómico ayuda a explicar por qué el lavado de dinero es una amenaza tan compleja especialmente en los mercados en desarrollo.

## **2.2. Consecuencias económicas del lavado de dinero**

Uno de los efectos macroeconómicos más graves del lavado de dinero se hace sentir en el sector privado, a menudo quienes lo practican emplean compañías de fachada que mezclan las ganancias de actividades ilícitas con fondos legítimos para ocultar ingresos mal habidos.

Estas compañías de fachada tienen acceso a fondos ilícitos considerables lo que permite subvencionar sus artículos y servicios a niveles por debajo de los precios del mercado, en algunos casos las compañías de fachada pueden ofrecer productos a precios por debajo del costo de fabricación por consiguiente estas compañías tienen una ventaja competitiva sobre las compañías legítimas que obtienen sus fondos en los mercados de capital, ello hace difícil, si no imposible para los negocios legítimos competir con las compañías de fachada de financiación subvencionada, situación que puede tener como resultado que las organizaciones delictivas desplacen negocios en el sector privado.



Es obvio que los principios de administración de estas empresas ilícitas no son consecuentes con los principios tradicionales de libre mercado de los negocios legítimos, lo que resulta en más efectos negativos macroeconómicos.

### **2.3. Debilitamiento de la integridad de los mercados financieros<sup>8</sup>**

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

### **2.4. Pérdida de control de la política económica**

El fondo monetario internacional ha calculado la magnitud del lavado de dinero entre 2 y 5 por ciento del producto interno bruto del mundo, en algunos países de mercados en desarrollo es posible que estas ganancias ilícitas empequeñezcan los presupuestos gubernamentales, con el resultado de que los gobiernos pierden el control de la política económica de hecho en algunos casos la magnitud misma de la base acumulada de bienes de las ganancias lavadas puede emplearse para acaparar el mercado o monopolizar las pequeñas economías.

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

---

<sup>8</sup>[http://avisoralavadodenedinero\\_blanqueodenedinero02.ht](http://avisoralavadodenedinero_blanqueodenedinero02.ht)



El lavado de dinero puede acrecentar la amenaza de la inestabilidad monetaria debido a la distribución inadecuada de recursos ocasionada por la distorsión artificial de los precios de bienes y productos básicos.

En suma, el lavado de dinero puede tener como resultado cambios inexplicables en la demanda monetaria y mayor inestabilidad de los flujos de capital internacional, las tasas de interés y los tipos de cambio.

La naturaleza imposible de predecir de esta actividad aunada a la inherente pérdida del control de la política pueden hacer difícil establecer una política económica atinada.

## **2.5. Distorsión económica e inestabilidad**

Los que lavan dinero no están interesados en generar utilidades de sus inversiones sino en proteger sus ganancias, los que lavan dinero lo hacen financiado industrias completas como la construcción de inmuebles habitacionales o comerciales, así como la industria hotelera, sin que exista demanda de bienes o servicios, sino únicamente los intereses que generan a corto plazo; a estos inversionistas cuando estas industrias ya no les interesan las abandonan retirando sus capitales lo que causa el desplome de estos sectores lo que acarrea consigo es el daño inmenso a las economías que no pueden soportar esta fuga de capitales.

Estas maniobras financieras generan un crecimiento económico no existente que en determinado momento provoca distorsión económica e inestabilidad toda vez que el dinero esta controlado por una sola persona, que después de realizar estas operaciones lo trasladan a otros países.



## **2.6. Pérdidas en la recaudación tributaria**

El lavado de dinero disminuye los ingresos tributarios gubernamentales y por tanto perjudican indirectamente a los contribuyentes honrados. También hace mas difícil la recaudación de impuestos, esta perdida de recaudación tributaria generalmente significa tasas de impuestos más elevadas de lo que sería si las ganancias de las actividades ilícitas, que no pagan impuestos fueran legítimas.

## **2.7. Riesgo para los esfuerzos de privatización**

El lavado de dinero amenaza los esfuerzos de muchos estados para introducir reformas en sus economías mediante la privatización. Las organizaciones delictivas tienen los medios económicos para hacer una mejor oferta que la de los compradores legítimos por empresas de propiedad del estado, además aunque la iniciativa de privatizar son a menudo económicamente beneficiosas también puede servir de vehículo al lavado de fondos, comprando marinas, lugares de veraneo, casinos y bancos para ocultar sus ganancias ilícitas y favorecer sus actividades.

## **2.8. Riesgo para la reputación financiera**

Los países no pueden darse el lujo de manchar su buen nombre y el de sus instituciones financieras con su relación con el lavado de dinero especialmente en la economía mundial actual.

La confianza en los mercados y la importante función económica que cumplen las utilidades las erosionan el lavado de dinero y los delitos financieros, como el lavado de ganancias ilícitas la especulación bursátil que saca ventaja de la información interna y los desfalcos.



El mal nombre a que dan lugar estas actividades disminuye las oportunidades mundiales lícitas y el crecimiento sostenible en tanto que atrae a las organizaciones delictivas internacionales con reputaciones indeseables y metas de corto plazo.

El resultado puede ser la disminución del desarrollo y el crecimiento económico además cuando un país adquiere mala reputación financiera es muy difícil borrarla y se requieren recursos gubernamentales considerables para solucionar un problema que pudo evitarse con medidas apropiadas contra el lavado de dinero.

## **2.9. Consecuencias sociales del lavado de dinero**

Existen costos y riesgos sociales considerables relacionados con el lavado de dinero; entre sus efectos socioeconómicos negativos el lavado de dinero traslada el poder económico del mercado, el gobierno y los ciudadanos a los delincuentes en; resumen vuelve al revés el viejo refrán de que el crimen no paga.

Además la magnitud misma del poder económico que acumulan los que lavan dinero tiene sus efecto corruptor sobre todos los elementos de la sociedad en casos extremos puede llevar a un apoderamiento virtual del gobierno legitimante establecido.

En general el lavado de dinero representa un problema complejo y dinámico para la comunidad mundial no solo para Guatemala.

## **2.10. Las formas del lavado de dinero**

Las operaciones de lavado de dinero se componen tradicionalmente de tres etapas.



### **2.10.1. El prelavado**

Que consiste en introducir el dinero liquido en el circuito económico y financiero normal mediante la intervención de sociedades intermedias radicadas en los paraísos fiscales.

### **2.10.2. Continuación el lavado**

Que sirve para borrar las pistas sobre el origen de los fondos mediante operaciones diversas.

### **2.10.3. Al fin el reciclado**

Que consiste en extraer las sumas blanqueadas como beneficios de actividades varias para poder utilizarlas sin riesgo tras haberles dado la apariencia de un origen lícito.

## **2.11. Técnicas de lavado de dinero.**

Una técnica de lavado de dinero es un procedimiento individual o paso en el lavado de productos ilegales, similar a una transacción comercial individual legitima algunas de las técnicas mas comunes de lavado de dinero incluyen las siguientes:

### **2.11.1. Estructurar o hacer trabajo de hormiga**

En la estructuración, uno o varios individuos denominados pitufos hacen múltiples transacciones con fondos ilegales por cierto periodo de tiempo en la misma institución o en varias instituciones financieras.



Las grandes sumas de dinero en efectivo, que son el resultado de actividades criminales, son estructuradas o divididas en cantidades inferiores al límite permitido a partir del cual las transacciones son registradas.

Los fondos pueden ser depositados transferidos telegráficamente o usados para adquirir otros instrumentos monetarios.

### **2.11.2. Complicidad de un funcionario u organización**

Individualmente o de común acuerdo, los empleados de las instituciones financieras comerciales facilitan el lavado de dinero al aceptar a sabiendas grandes cantidades de dinero en efectivo sin llenar el formulario de transacciones en efectivo, cuando es necesario llenando datos falsos exceptuando incorrectamente a los clientes de llenar los formularios requeridos.

#### **2.11.2.3. Mezclar**

En esta técnica; el lavador de dinero combina los productos ilícitos con fondos legítimos de una empresa y después presenta la cantidad total como renta de la actividad legítima de tal empresa<sup>9</sup>.

La mezcla confiere la ventaja de proveer una casi inmediata explicación para un volumen alto en efectivo, presentado como producto del negocio legítimo. Al menos que la institución financiera sospeche que hay un problema con la transacción, una demostración sería determinando que los recibos comerciales son demasiado altos para el nivel comercial de cierta vecindad, la mezcla de fondos ilegales es difícil de ser detectada por las autoridades competentes.

---

<sup>9</sup> <http://wanadoo/misdocumentos/lavado dedinero.03.htm>



#### **2.11.2.4. Compañías de fachada**

Una compañía de fachada es una entidad que está legítimamente incorporada u organizada y participa, o hace ver que participa, en una actividad comercial legítima. Sin embargo, esta actividad comercial sirve primeramente como máscara para el lavado de fondos ilegítimos.

La compañía de fachada puede ser una empresa legítima que mezcla fondos ilícitos con sus propias rentas, puede ser también una compañía que actúa como testaferro formada expresamente para la operación del lavado de dinero.

Puede estar ubicada físicamente en una oficina, o a veces que tener únicamente un frente comercial; sin embargo toda la renta producida por el negocio realmente proviene de una actividad ilícita.

En algunos casos el negocio está establecido en otro estado o país para hacer más difícil rastrear las conexiones del lavado de dinero.

#### **2.11.2.5. Compra de bienes o instrumento monetarios con productos en efectivo**

En esta técnica; un lavador de dinero compra bienes tangibles tales como automóviles, embarcaciones, aviones, artículos de lujo, propiedades y metales preciosos o instrumentos monetarios tales como giros bancarios, giros postales, cheques de gerencia o de viajero y valores.

Con la masa de efectivo que se origina directamente de una actividad ilícita a menudo el minorista que vende el artículo al lavador lo hace a sabiendas y hasta podría ser un empleado de la organización criminal.



Posteriormente el lavador usa los bienes comprados para continuar su actividad ilícita como método para cambiar las formas del producto o para mantener en estilo de vida lujoso.

#### **2.11.2.6. Contrabando de efectivo**

Esta técnica; involucra el transporte físico del efectivo obtenido de una actividad ilícita a localidades fuera del país, el lavador puede transportar el efectivo por avión, barco, o vehículo a través de la frontera terrestre.

El efectivo puede estar escondido en el equipaje o en compartimientos secretos del vehículo o ser llevado consigo mismo por la persona que actúa de correo.

Puede estar mezclado con fondos transportados por vehículos blindados, escondidos en artículos de exportación como neveras, hornos microondas, o embalado en contenedores marítimos. A pesar de las limitaciones que supone el volumen físico del dinero en efectivo los lavadores de dinero han demostrado el más alto grado de imaginación al encontrar nuevos medios para mover el producto criminal en efectivo.

El contrabando de dinero en efectivo si resulta exitoso, otorga al lavador la ventaja de destruir completamente las huellas entre la actividad ilícita que genera fondos y la colocación real de tales fondos dentro del circuito financiero.

Estos productos pueden posteriormente volver al país por medios aparentemente legales como transferencias telegráficas o transacciones con giros bancarios.

#### **2.12. Transferencias telegráficas o electrónicas**

Esta técnica involucra el uso de la red de comunicaciones electrónicas de bancos o de compañías que se dedican a transferencias de fondos comerciales para mover el producto ilícito de un sitio a otro.



Por medio de este método el lavador puede mover fondos prácticamente a cualquier parte del país o al extranjero.

El uso de transferencias telegráficas es probablemente la técnica más importante usada para estratificar fondos de ilícita procedencia en términos del volumen de dinero que puede moverse y por la frecuencia de las transferencias.

Los lavadores de dinero prefieren esta técnica porque les permite enviar fondos a su destino rápidamente y el monto de la transferencia normalmente no está restringido.

Después de transferir los fondos varias veces especialmente cuando esto ocurre en una serie de transferencias sucesivas se vuelve difícil la detección de la procedencia original de los fondos.

Un refinamiento adicional en el uso de transferencias telegráficas es transferir fondos desde varios sitios dentro de un país o región a una cuenta conduit account o también conocida como canalizadora en cierta localidad.

Cuando el saldo de la cuenta alcanza cierto nivel o umbral los fondos son transferidos automáticamente fuera del país.

Los umbrales evitan pérdidas masivas cuando los organismos de fiscalización tienen éxito en confiscar o bloquear la cuenta.

### **2.12.1. Cambiar la forma de productos ilícitos por medio de compras de bienes o instrumentos monetarios**

Bajo esta técnica el lavador de dinero cambia los productos ilícitos de una forma a otra a menudo en rápida sucesión, el lavador puede adquirir cheques de gerencia con giros bancarios o cambiar giros por cheques de viajero.



Los productos se vuelven más difíciles de rastrear a través de estas conversiones además dichos productos se vuelven menos voluminosos con lo cual se hace menos probable su detección si se les transporta de un país a otro.

En algunos casos los casinos u otras casas de juego pueden facilitar el lavado de dinero convirtiendo los productos criminales en fichas de juego, en corto tiempo el lavador cambian las fichas por cheques o efectivo.

### **2.12.2. Venta o exportación de bienes**

Esta técnica se relaciona con situaciones en las cuales los bienes adquiridos con productos ilegales son vendidos en otra localidad o exportados. La identidad del comprador original se vuelve borrosa lo cual hace difícil la determinación de la verdadera procedencia del delito.

### **2.12.3. Ventas fraudulentas de bienes inmuebles**

El lavador compra una propiedad con el producto ilícito por un precio declarado significativamente mucho menor que el valor real, el paga la diferencia al vendedor en efectivo por debajo de la mesa.

Posteriormente el lavador puede revender la propiedad a su valor real para justificar las ganancias obtenidas ilegalmente a través de una renta de capital ficticia.

### **2.12.4. Establecimiento de compañías de portafolio o nominales o denominadas shell company**

Una compañía de portafolio es una entidad que generalmente existe solamente en el papel; no participa en el comercio a diferencia de una compañía de fachada.



En el lavado de dinero se usan tales compañías para enmascarar el movimiento de fondos ilícitos. Las compañías de portafolio ofrecen la cobertura confidencial de una sociedad anónima, disfrazando a sus verdaderos dueños por medio de una representación nominal tanto para los accionistas como para los directores.

Ellas se pueden formar rápidamente y se convierten en entidades legales que pueden dedicarse a cualquier negocio excepto a aquellos expresamente prohibidos por las leyes bajo las cuales se establecieron o por sus estatutos.

Una compañía de portafolio también puede ser una sociedad anónima en reserva denominadas también shelf company, el termino shelf se refiere a una compañía cuya constitución de sociedad fue otorgada por el gobierno a un agente o apoderado antes de la formación de la compañía, el agente mantiene inactiva el acta de constitución de sociedad hasta que es adquirida por un cliente y se forma la compañía.

#### **2.12.5. Complicidad de la banca extranjera**

Las instituciones financieras extranjeras pueden proporcionar una explicación legítima del origen de fondos lavados; una explicación que no se puede confirmar debido a la complicidad de un funcionario o de una organización financiera descrito anteriormente, la institución financiera puede a sabiendas o por ignorancia ayudar en este proceso.

#### **2.13. Transferencias inalámbricas o entre corresponsales**

Esta técnica presume que una organización de lavado de dinero puede tener dos o más filiales en diferentes países o que podría haber alguna clase de filiación comercial entre dicha organización y su contraparte ubicada en el extranjero.

Los fondos a ser lavados entran en la filial en un país y después se los hace disponibles en un segundo país en la misma moneda o en otra diferente. Como hay una



relación de corresponsalía entre las dos filiales, no se necesita transportar los fondos físicamente.

Tampoco hay necesidad de transferir los fondos electrónicamente, la condición entre ambas terminales de la operación se lleva a cabo por teléfono, fax o por algún otro medio arreglado de antemano.

Las casas de cambio de Estados Unidos y América Latina tiene mala fama por el uso de esta técnica de lavado de dinero. Los grupos del crimen organizado en Asia son conocidos por usar el mismo método, el método del vale conocido por sus siglas en ingles como chit system, en el cual el vale otorgado por fondos recibidos en un país se canjea por fondos en otro país.

#### **2.14. Falsas facturas de importación, exportación o doble facturación**

Esta técnica se lleva a cabo sobredeclarando el valor de la importaciones y exportaciones, por ejemplo si las importaciones de otro país hacia Europa se sobrevalúan en la factura comercial, entonces cuando se paga dicha factura la diferencia entre el valor real de la mercadería y lo sobrevaluado puede ser ajustada como producto de la actividad ilícita.

La sobrefacturación de exportaciones desde Estados Unidos permite una justificación legítima de fondos recibidos del extranjero.

##### **2.14.1. Garantías de préstamos**

Usando como garantía los depósitos de fondos ilícitos como los certificados de depósito, valores, adquiridos con productos ilícitos, el lavador obtiene préstamos totalmente legales.



A través de estos prestamos el lavador puede adquirir bienes inmuebles, negocios u otros bienes. Los productos criminales originales han pasado a tener otra forma y la conexión con su verdadero origen se hace aún menos aparente.

#### **2.14.2. Venta de valores a través de falsos intermediarios**

Bajo esta técnica el lavador se vende valores a sí mismo a través de un falso intermediario generalmente una compañía de portafolio.

El intermediario hace que suba el precio de los valores mantenidos por el lavador a través de la infusión de productos derivados de actividades ilícitas, el lavador puede entonces vender las acciones y mostrar una ganancia aparentemente legal.

#### **2.15. Internet como mecanismo alternativo para el lavado de dinero**

La masificación de las redes virtuales a través de internet se ha convertido en un campo gigantesco de nuevos nichos para hacer negocios aumentando vertiginosamente el mercado disponible, suprimiendo sistemas tradicionales de intermediación<sup>10</sup>.

Con la velocidad de la red electrónica, el dinero sucio adquiere nuevos bríos para transitar imperceptiblemente por los sistemas de control, entretanto su valor aumenta excepcionalmente; en este nuevo contexto los subterfugios del lavado de dinero se han transformado.

Si en los años '20 Al capone utilizó técnicas rudimentarias para lavar dinero a través de la compra de una cadena de lavandería que dio origen al concepto de lavado de dinero, hoy los métodos utilizados en este tipo de operaciones son lo suficientemente complejos y sofisticados como para confundir a cualquiera.

---

<sup>10</sup> <http://cdocumentsan/lavadodedinero/01ht>



Sin embargo existen recomendaciones formuladas por organismos internacionales para que los países enfrenten este nuevo fenómeno que al amparo de las nuevas tecnologías que propician el anonimato, estas se han convertido en el blanco preferido de los operadores de lavado de dinero para llevar a cabo sus transacciones.

La detección de esta actividad ilícita constituye una difícil tarea dado que los medios utilizados para su blanqueamiento además de ser legales, se sustentan en mecanismos tradicionales que eliminan cualquier sospecha, tales como son la apertura de cuentas bancarias, la adquisición de instrumentos monetarios y la transferencia electrónica de fondos entre otros.

El dinero electrónico tendría así la particularidad de facilitar a los lavadores el ocultamiento del origen de los fondos permitiendo su anónima movilización por los circuitos que proveen las nuevas redes del comercio internacional.

Una de las características distintivas de la economía digital es la desintermediación y desmaterialización de las transacciones, es decir la supresión de todo aquello que se interpone entre las partes. Pero además de la autonomía que adquieren los usuarios y clientes del sistema, se suma el abaratamiento de las transacciones lo cual es un factor determinante para su utilización.

La presencia de esta peculiaridad se observa claramente en el desarrollo de los sistemas de dinero electrónico, mientras que tradicionalmente los controles descansaban en la intermediación de instituciones financieras que actuaban como filtros de fondos a través del registro de operaciones, hoy esto se ven debilitados al no existir entes reguladores globales.

Es por eso que actualmente las sugerencias del FATF financial actino task force, organismo internacional de acción financiera sobre el lavado de dinero que nuclea a varios países se dirigen precisamente a las entidades financieras para que implementen



una coordinación global para el seguimiento de las operaciones, sin embargo advierten un obstáculo: el gran volumen de información dificulta la obtención de resultados inmediatos y satisfactorios. Por esta razón las nuevas variables a considerar para el estudio del nuevo escenario virtual son.

### **2.15.1. Menor vulnerabilidad en la detección de las operaciones**

El transporte físico del efectivo siempre ha presentado dificultades al lavador de dinero, el dinero electrónico reduce la necesidad del contrabando físico permitiendo que en lugar de un envío repartido en maletas con doble fondo, grandes cantidades puedan ser transmitidas instantáneamente y en forma segura a través de un computador.

### **2.15.2. La velocidad de las transacciones dificulta su control**

La agilidad del movimiento del dinero electrónico fundamentalmente a través de internet dificultará la tarea de los analistas en identificar el origen o rastrear la transferencia de los fondos. Estos sistemas combinados con la desintermediación a que hemos hecho referencia, dificultarán de igual manera la determinación de sistemas para prevenir el lavado de dinero<sup>11</sup>.

### **2.15.3. Dificultad para detectar los fondos ilícitos dentro del volumen general de negocios**

Hoy se considera que sólo una pequeña parte de las transacciones que por día se transfieren electrónicamente en todo el mundo, corresponden a fondos de naturaleza dudosa. La razón; ningún organismo serio ha dado estimaciones certeras al respecto a medida que el tiempo pasa y los sistemas de dinero electrónico se utilicen a gran escala, el dinero ilícito aumentará su volumen en proporciones aún desconocidas dificultado su comprobación.

---

<sup>11</sup> **Oppenheimer, Andrés.** "Ojos Vendados: Estados Unidos y el negocio de la Corrupción en América Latina", Editorial Sudamericana, 2001



## **2.16. Los bancos corresponsales y su uso como instrumento para lavar dinero**

Permitir que bancos extranjeros de alto riesgo y sus clientes criminales tengan acceso a cuentas bancarias corresponsales, entre otros efectos negativos severos, facilita el crimen y debilita el sistema financiero de los países.

Una alternativa sería cerrar las puertas a los bancos extranjeros de alto riesgo y así eliminar otros abusos del sistema de banca corresponsal.

Los bancos por medio de las cuentas corresponsales que proveen a los bancos extranjeros, se han convertido en conductos de dinero sucio que fluye al sistema financiero y, como resultado, han facilitado empresas ilegítimas, incluidos el tráfico de drogas y fraudes financieros.

La banca corresponsal consiste en que un banco provee servicios a otro para transferir fondos, cambiar divisas o realizar otras transacciones financieras. Los bancos extranjeros pueden establecer cuentas corresponsales con cualquier banco que este autorizado para conducir actividades bancarias en cualquier parte del hemisferio, ya sea que la compañía matriz del banco esté domiciliada o no en el país.

Estas cuentas les dan a los propietarios y clientes de bancos extranjeros pobremente reglamentados, mal administrados y a veces corruptos, que tienen controles contra el lavado de dinero débiles o inexistentes, acceso directo al sistema financiero y a la libertad para transferir dinero dentro de un país de origen y alrededor del mundo.

Muchos bancos en el territorio nacional han establecido relaciones corresponsales con bancos extranjeros de alto riesgo.

---

<sup>12</sup> Graham George y Wrigth Robert . "Winds of Change on Treasure Islands", Oxford University Press,1998



Estos bancos extranjeros pueden ser:

- Bancos de fachada sin presencia física en ningún país para realizar negocios con sus clientes,
- Bancos extraterritoriales con licencias limitadas para transar negocios con personas fuera de la jurisdicción del licenciamiento,
- Bancos autorizados y reglamentados por jurisdicciones con controles débiles contra el lavado de dinero que invitan a cometer abusos bancarios y conducta criminal.

Algunos de esos bancos extranjeros incurren en conducta delictiva, algunos tienen clientes que realizan actividades criminales, y algunos tienen controles tan débiles contra el lavado de dinero que no saben si sus clientes están o no incurso en actividades delictivas.

Estos bancos extranjeros de alto riesgo generalmente tienen recursos limitados y poco personal, y usan sus cuentas de bancos corresponsales para conducir operaciones, proveer servicios a los clientes y transferir fondos.

Muchos de los bancos depositan todos sus fondos y completan virtualmente todas sus transacciones por medio de sus cuentas corresponsales, lo cual hace de la banca corresponsal una parte integral de sus operaciones.

Una vez que se abre una cuenta corresponsal en un banco, no sólo el banco extranjero sino también sus clientes pueden realizar transacciones a través del banco.

### **2.16.1. Los peligros de las relaciones corresponsales**

La norma de la industria en la actualidad es que los bancos tengan docenas, cientos e incluso miles de relaciones corresponsales e incluso un número de relaciones



con bancos extranjeros de alto riesgo. Virtualmente cada banco tiene cuentas con bancos extraterritoriales, y algunos tienen relaciones con bancos de fachada.

El principio prevaleciente entre los bancos extranjeros ha sido que cualquier banco que tenga una licencia válida emitida por una jurisdicción extranjera califica para una cuenta corresponsal porque los bancos corresponsales tendrían que poder confiar en la licencia bancaria extranjera como prueba de la buena situación del banco solicitante.

Con frecuencia los bancos no han efectuado con la diligencia debida exámenes cuidadosos de sus bancos clientes extranjeros, inclusive obtener información sobre la dirección, finanzas, reputación, reglamentaciones y medidas contra el lavado de dinero del banco extranjero.

Unos pocos bancos grandes han desarrollado sistemas automáticos de control que detectan e informan sobre patrones sospechosos de cuentas y actividad de transferencia telegráfica, pero parecen ser la excepción más que la regla.

La mayoría de los bancos parecen depender de revisiones manuales de la actividad de las cuentas y conducen una supervisión limitada de las transferencias telegráficas aunque la mayoría de las transacciones de los bancos corresponsales consisten de transferencias telegráficas de entrada y salida.

Incluso cuando la atención del banco corresponsal es atraída por transacciones sospechosas o informes de prensa negativos sobre un banco corresponsal, en demasiados casos la información no resulta en una revisión seria de la relación o en acciones concretas para impedir el lavado de dinero.





## CAPÍTULO III

### 3. El Lavado de Dinero en la legislación guatemalteca

#### 3.1. Ley contra el lavado de dinero u otros activos

De conformidad con el Artículo 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la Superintendencia de Bancos es el órgano que ejerce la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga.

Con base en lo establecido en la Ley Contra El Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, y su reglamento, Acuerdo Gubernativo Número 118-2002 de la Presidencia de la República, se creó la Intendencia de Verificación Especial como la encargada de velar por el cumplimiento de dicha ley y su reglamento.

##### 3.1.1. Comete el delito de lavado de dinero u otros activos

Cualquier persona que realice cualquiera de las siguientes actividades: 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; adquiera, posea, administre, tenga o utilice bienes o dinero, 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, esta ley 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.



### **3.1.1.2. Personas individuales**

El responsable del delito de lavado de dinero u otros activos será sancionado con prisión inmutable de seis a veinte años, más una multa igual al valor de los bienes, instrumentos o productos objeto del delito; el comiso, pérdida o destrucción de los objetos provenientes de la comisión del delito o de los instrumentos utilizados para su comisión; el pago de costas y gastos procesales; y la publicación de la sentencia en, por lo menos, dos de los medios de comunicación social escritos de mayor circulación en el país. Si el delito fuere cometido por persona extranjera se le impondrá, además de las penas a que se hubiere hecho acreedora, la pena de expulsión de territorio nacional que se ejecutará inmediatamente que haya cumplido aquellas, Artículo 4 del Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala.

### **3.2. Personas jurídicas**

Serán imputables a las personas jurídicas, independientemente de la responsabilidad penal de sus propietarios, directores, gerentes, administradores, funcionarios, empleados o representantes legales, los delitos previstos en esta ley, cuando se tratare de actos realizados por sus órganos regulares, siempre que se hallaren dentro del giro u objeto normal o aparente de sus negocios, En este caso, además de las sanciones aplicables a los responsables, se impondrá a la persona jurídica una multa de US\$ 10,000.00 a US\$ 625,000.00 o su equivalente en moneda nacional, sancionándose además con el comiso, pérdida o destrucción de los objetos provenientes de la comisión del delito o de los instrumentos utilizados para su comisión, el pago de costas y gastos procesales, y la publicación de la sentencia Artículo 5 de la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos.

#### **3.2.1. Del procedimiento**

En la persecución penal de los delitos, y para la ejecución de las penas que establece esta ley, se aplicará el procedimiento señalado en el código procesal penal



para los delitos de acción pública, Artículo 9 de la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos.

### **3.2.2. Providencias cautelares**

El juez o tribunal que conozca del proceso podrá dictar en cualquier tiempo, sin notificación ni audiencia previas, cualquiera providencia cautelar o medida de garantía establecida en la ley encaminada a preservar la disponibilidad de los bienes, productos o instrumentos provenientes o relacionados con el delito de lavado de dinero u otros activos, cuando lo solicite el Ministerio Público. Este requerimiento deberá ser conocido y resuelto por el Juez o tribunal inmediatamente, Artículo 11 de la Ley contra el Lavado de Dinero u otros activos.

### **3.2.3. De las personas obligadas y de sus obligaciones**

De las personas obligadas, para los efectos de la presente ley se consideran personas obligadas, las siguientes; Artículo 18 del Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala.

- Las entidades sujetas a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos.
- Las personas individuales o jurídicas que se dediquen al corretaje o a la intermediación en la negociación de valores.
- Las entidades emisoras y operadoras de tarjetas de crédito.
- Las entidades fuera de plaza denominadas off-shore que operan en Guatemala, que se definen como entidades dedicadas a la intermediación financiera constituidas o registradas bajo las leyes de otro país y que realizan sus actividades principalmente fuera de la jurisdicción de dicho país.



Se pretende con esta ley proteger la formación de capital, ahorro e inversión y crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros en el país, así como dar cumplimiento a los tratados internacionales suscritos por Guatemala en el marco de prevención, control y sanción del lavado de dinero.

Su objetivo prevenir, detectar y sancionar el lavado de dinero u otros activos procedentes de la comisión de cualquier delito y establecer las normas que para este efecto deberán observar las personas obligadas.

### **3.3. Intendencia de Verificación Especial**

Es una Intendencia de la Superintendencia de Bancos, responsable de velar por el objeto y cumplimiento de la ley Contra Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto 67-2001 del Congreso de la República y su Reglamento, contenido en Acuerdo Gubernativo Número 118-2002.

#### **3.3.1. El objetivo de la Intendencia**

De conformidad con el Artículo 33 de la Ley de Lavado de Dinero u Otros Activos, su objetivo fundamental es analizar la información obtenida a fin de confirmar la existencia de transacciones sospechosas, intercambiar información con entidades homólogas de otros países y en caso de indicio de delito trasladar la información a las autoridades competentes, entre otras.

### **3.4. El Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales**

El Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales, es un organismo intergubernamental cuyo propósito es elaborar y promover medidas para combatir el blanqueo de capitales, proceso consistente en ocultar el origen ilegal de productos de naturaleza criminal.



Estas medidas intentan impedir que dichos productos se utilicen en actividades delictivas futuras y que afecten a las actividades económicas lícitas, las cuarenta recomendaciones constituyen el marco básico de lucha contra el blanqueo de capitales y han sido concebidas para una aplicación universal.

Las Recomendaciones constituyen los principios de acción en materia de blanqueo de capitales que los países deben aplicar, de acuerdo con sus circunstancias particulares y su marco constitucional, dejando a los países cierta flexibilidad en su aplicación, en lugar de obligar a cumplir todos los detalles.

El Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales, reconoció desde el principio que los países tienen sistemas jurídicos y financieros diferentes, de modo que todos ellos no pueden adoptar las mismas medidas tampoco comprometen la libertad de llevar a cabo operaciones lícitas, ni ponen en riesgo la economía de los países miembros pretendiendo únicamente sanear el sistema bancario.

Los países del Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales se han comprometido claramente a aceptar la disciplina de estar sujetos a una vigilancia multilateral y a evaluaciones mutuas, la aplicación de las recomendaciones por parte de los países miembros se supervisa a través de un doble enfoque que consiste en un ejercicio anual de auto evaluación y un proceso más detallado de evaluación mutua según el cual cada país miembro está sujeto a un examen sobre el terreno, además realiza exámenes horizontales de las medidas adoptadas para aplicar determinadas recomendaciones.

### **3.5. La detección de operaciones de lavado de dinero por medio del control de las operaciones bancarias**

Aún y cuando las instituciones financieras mantienen sus propios códigos de conducta encaminados a prevenir y detectar movimientos ilícitos de capitales, se



impone la necesidad de que exista un cuerpo organizado de normas de carácter general y uniforme que posibiliten una acción común del sector financiero para prevenir el uso indebido de los servicios que presta este sector a la vez que define con claridad la verdadera responsabilidad de las instituciones financieras en este campo, o bien equipar el ya existente.

El incumplimiento en la instauración o mantenimiento de políticas y procedimientos adecuados relativos al lavado de dinero debería ser uno de los criterios que se valoren para el mantenimiento o revocación de las licencias concedidas para el desarrollo de sus actividades en el territorio nacional.

### **3.5.1. Fundamentos y Objetivos**

En los últimos años se ha venido observando el reconocimiento cada vez mayor de que en la lucha contra el crimen organizado a nivel internacional es imprescindible prevenir, a toda costa, la legitimación de los capitales provenientes de actividades delictivas mediante la conversión de estos fondos de sucios en limpios.

La actividad bancaria no escapa a estos procedimientos; muy por el contrario al ser la intermediación financiera método de comunicación necesaria para el desenvolvimiento de las estructuras económicas, sobre las que se asientan las estructuras sociales, los bancos son instituciones muy sensibles a ser utilizadas con fines muy diferentes a los que motivaron su existencia.

La aparición de estas incidencias en el panorama bancario, trae consigo una serie de deformaciones de la actividad de intermediación financiera que perjudican a las instituciones y a los clientes legítimos. Lo anterior hace que los banqueros de todo el mundo se planteen, cada vez con mayor convencimiento, la necesidad de la toma de medidas y la formulación de acciones preventivas que protejan la actividad lícita y a los clientes legítimos.

Este convencimiento les ha llevado, y cada día más intensamente, a la colaboración en la elaboración de nuevas leyes y, para cubrir los plazos dilatados que



tal tarea exige, a la adopción de normas o lineamientos internos que complementen los ya existentes y que eviten usos indebidos de los bancos con fines delictivos o ilícitos.

El Banco de Guatemala, como banco central del estado e institución rectora del sistema bancario nacional, ha mantenido la preocupación por estos temas y viene ejecutando acciones en razón de dicha preocupación, se ofrece a las diferentes instituciones financieras un conjunto de informaciones y orientaciones que les permitan evitar que sus servicios sean utilizados con fines ilícitos, principalmente en operaciones de lavado de dinero que se deriven de delitos de narcotráfico; evasión de impuestos y enriquecimiento indebido en general.

A su vez, ofrece formulaciones que hacen compatibles estas medidas con el respeto al secreto bancario y a la protección de los clientes honestos, cuya actividad es legítima. Con la sistematización de este material, la Superintendencia de Bancos tiene base para adoptar medidas organizativas internas, así como para organizar seminarios para su personal o especializar a algunos de sus funcionarios para evitar que sus servicios sean usados indebidamente.

El lavado o blanqueo de dinero es el proceso mediante el cual, a sabiendas se realiza de por sí, o por interpuesta persona, natural o jurídica, con otras personas o establecimientos bancarios, financieros o de cualquier otra naturaleza, transacciones con dinero procedente de actividades ilícitas, o se suministra información falsa para la apertura de cuenta o para la realización de tales transacciones, es toda operación que se realice con el ánimo de esconder la verdadera fuente y la propiedad del beneficiario.

Aunque existe una gran diversidad de métodos empleados, los procedimientos utilizados para encubrir la procedencia y propiedad verdadera de los fondos, consta generalmente de 3 etapas:

- Depósito: es el depósito físico del dinero derivado de la actividad ilícita.
- Encubrimiento: que consiste en separar los ingresos de origen ilícito de su fuente mediante la creación de complejas transacciones financieras diseñadas para burlar controles de auditoría y proporcionar anonimato.



- Integración: que consiste en proporcionar una aparente legitimidad a ingresos derivados de actividades delictivas. Si el proceso de encubrimiento es exitoso, la integración permite ubicar el producto del lavado dentro del circuito económico y monetario normal, de tal forma que reingresa al sistema financiero aparentando ser fondos obtenidos de un negocio lícito.

### **3.5.1.2. Procedimientos y Control**

Todos los integrantes del sistema bancario nacional deberían desarrollar un nivel de vigilancia, cautela y control de las transacciones financieras que realicen para evitar que puedan llegar a ser utilizados como intermediarios en depósitos, transacciones y transferencias de fondos originados o destinados a la ejecución de actividades relacionadas con el lavado de dinero<sup>13</sup>.

### **3.5.1.3. Procedimientos de identificación**

La Superintendencia de Bancos ha instaurado procedimientos para que las instituciones financieras permitan seleccionar y conocer sus clientes, sean éstos habituales u ocasionales, identificarlos debidamente y tener un conocimiento de sus transacciones y actividades, en orden a establecer la coherencia entre éstas, entre los aspectos a tener en consideración podemos señalar:

- Apertura de cuentas
- Depósitos en efectivo salvo en el caso de clientes habituales que por la naturaleza de su negocio o actividad, justifique la necesidad de consignar en efectivo sumas significativas
- Constitución de depósitos a término
- Realización de giros y transferencias
- Compraventa de divisas



Las instituciones financieras deberán registrar y verificar por medios fehacientes la identidad, representación, domicilio, capacidad legal, ocupación u objeto social, así como otros aspectos de identidad de sus clientes, ya sean ocasionales o habituales, a través de documentos de identidad, pasaportes, contratos sociales o estatutos, o cualesquiera otros documentos oficiales o privados. Cuando se presuma la existencia de personas interpuestas se deberá identificar al titular real.

#### **3.5.1.4. Reconocimiento y reporte de transacciones financieras sospechosas**

Dado que los tipos de transacciones que podrían ser utilizadas por los lavadores de dinero son prácticamente ilimitados, es realmente difícil definir una transacción sospechosa. Sin embargo, una transacción sospechosa, usualmente será aquella que es inconsistente con las actividades comerciales legítimas o con el negocio normal de ese tipo de cuenta. Por lo tanto, el primer paso en el reconocimiento es saber lo suficiente acerca del negocio del cliente para reconocer el carácter inusual de una transacción, o una serie de transacciones.

Debe prestarse atención al entrenamiento sistemático del personal en los procedimientos de la institución para facilitar el reconocimiento del lavado de dinero, la aplicación de los procedimientos, controles y obligaciones desde el punto de vista ético, profesional y legal.

El personal debe estar consciente de sus propias obligaciones personales bajo las normas legales vigentes y de que pueden estar personalmente expuestos a responsabilidades por no reportar a la autoridad competente de la institución, información sobre transacciones sospechosas.

---

<sup>13</sup> www.encarta.org.



### **3.6. La Represión de la legitimación de capitales y el secreto bancario**

#### **3.6.1. Aspectos generales**

Al momento de contraponer la represión de la legitimación de capitales y el secreto bancario debemos cuestionar, ¿son realmente conceptos antagónicos? La respuesta la podemos encontrar al definir cuáles son los intereses jurídicamente hablando que sustentan ambos conceptos.

El secreto o reserva bancaria hace efectivo el derecho fundamental a la intimidad que todos tenemos, al impedir que la información depositada por el cliente en la banca en virtud de la confianza que le merece el banquero, sea conocida por terceros sin su consentimiento. Por su parte, al menos de acuerdo con el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, el bien jurídico tutelado por el delito de lavado de dinero proveniente de narcotráfico, es la administración de justicia, en la medida que esta conducta delictiva como se ha visto tiende a encubrir el origen ilícito del capital producto del narcotráfico, procurando el narcotraficante el goce de esos recursos.

De tal forma, al contraponer la vigencia absoluta del secreto bancario y la represión de la conducta delictiva de legitimación de capitales, estamos confrontando un interés individual, como lo es el derecho a la intimidad, con un interés colectivo, consistente en la potestad de un Estado por mantener y aplicar el ordenamiento jurídico. Es decir, se nos plantea la bizantina discusión entre cuál es el interés que debe prevalecer, el individual o el colectivo.

Es claro que las entidades bancarias y financieras no bancarias son y en realidad deben serlo, muy celosos de cualquier intento por irrespetar o quebrantar el secreto bancario. Esta actitud no es criticable si hemos afirmado que la reserva bancaria es inherente a la actividad bancaria y financiera no bancaria, a tal extremo que si el cliente pierde la confianza en su banquero, la banca como tal desaparecería.



Sin embargo, este discurso no puede llevarse al extremo de pretender una aplicación absoluta del secreto bancario, en aras de defender un derecho fundamental como lo es el derecho a la intimidad o confidencialidad.

Si aceptamos que el narcodinero contamina y corrompe los sistemas financieros en donde es introducido, e inclusive la sociedad misma, es de vital importancia reprimir ese tipo de conductas, en función de salvaguardar un interés colectivo superior por medio de la Administración de Justicia.

Es decir, la colectividad social representada por el Estado, por medio de la Jurisdicción procura mantener la vigencia del ordenamiento jurídico respectivo, sancionando penalmente conductas como la legitimación de capitales.

La mencionada conducta del encubridor del narcotráfico entorpece la función averiguadora y sancionadora de los delitos realizados por la delincuencia del narcotráfico.

Tal función con rango constitucional, le corresponde al Poder Judicial realizarla, específicamente a los Tribunales de Justicia poseedores de la jurisdicción en materia penal.

La función de la Administración de Justicia es realizada, por el Estado, a través de los miembros del Organismo Judicial y por medio de los distintos instrumentos y acciones de carácter procesal.

Ahora bien, no podemos perder de vista, que si un sistema financiero es infiltrado y en consecuencia contaminado por el narcodinero, su credibilidad, prestigio y confianza se verán seriamente afectadas, de forma tal que ahuyente a los inversionistas valga decir lícitos.

Esta situación, irremediablemente podría marcar el fin de un sistema o de una entidad bancaria o financiera no bancaria en particular, tal y como ocurriría si los



usuarios de tales servicios pierden la confianza en la confidencialidad de sus banqueros.

### **3.6.2. Medidas para contribuir a evitar la utilización del sector financiero como vehículo para el lavado de dinero<sup>14</sup>**

El desarrollo de mercados financieros transparentes, estables y eficientes requiere de la existencia de instituciones sólidas, un adecuado marco regulatorio y de la plena confianza de los agentes económicos participantes para promover la intermediación y el uso prudente de los flujos de capital.

Ello demanda de los países desarrollar y fomentar una cultura política orientada a la consecución de tales objetivos e impulsar un proceso de modernización del estado para hacerlo más eficiente y mejorar la gestión de sus instituciones públicas.

Se hace necesario igualmente, crear las estructuras adecuadas para el cabal funcionamiento de los mercados financieros que ayuden a mitigar los riesgos y la vulnerabilidad inherentes a la actividad financiera y para que el estado sea capaz de asociarse más estrechamente con el sector privado, trabajadores y organizaciones sociales usuarios de dichos mercados.

Es decir, el establecimiento de sistemas e instituciones que promuevan la seguridad y la eficiencia de los medios de pago y que faciliten la transacción y custodia de los valores.

El Banco Interamericano de Desarrollo siempre ha venido acompañando y colaborando con los países de nuestra región en el proceso de establecimiento, perfeccionamiento y consolidación de las instituciones y marcos regulatorios de los mercados financieros y en la formación y entrenamiento del capital humano que presta

---

<sup>14</sup> Biblioteca en carta, ob Cit; (s/p).



sus servicios en ese sector, mediante operaciones de préstamo, programas de cooperación técnica y programas de capacitación y entrenamiento.

Es decir, en el proceso cumplido en nuestra región para la constitución y funcionamiento operativo y eficiente de los sectores financieros de América Latina y el Caribe, el Banco Interamericano de Desarrollo siempre ha jugado un rol de fundamental importancia, por otra parte y como ya ha sido señalado en párrafos supra de este documento, el proceso de modernización y de apertura que se ha venido operando en el sistema financiero ha ido paulatinamente liberalizando las restricciones existentes y ha contribuido a su internacionalización creciente, facilitando la creación de un entorno que permite desplazar rápidamente el dinero de un punto geográfico a otro sin mayores restricciones.

Así como el sistema financiero ha evolucionado para facilitar la realización de transacciones de carácter lícito a una escala mundial, simultáneamente, la delincuencia organizada ha desarrollado estrategias de carácter global de gran complejidad para blanquear capitales de procedencia ilícita que, en muchas ocasiones, sobrepasan la capacidad de los sistemas nacionales para prevenir, detectar y sancionar este delito en otras palabras, los delincuentes financieros han venido utilizando en forma creciente al sector financiero nacional e internacional como un medio para realizar operaciones de legitimación de capitales y bienes económicos provenientes de actividades ilícitas.

Ante el avance internacional que han tenido las operaciones de lavado de dinero, los países de la comunidad internacional de naciones y particularmente los de nuestra región, han venido trabajando activamente para mejorar y fortalecer sus sistemas y estrategias nacionales de prevención, detección temprana y sanción contra este delito, al mismo tiempo, que han venido estableciendo mecanismos de cooperación internacional que faciliten el intercambio de informaciones relevantes respecto a esta materia.



A estos esfuerzos nacionales se han venido sumando una serie de organizaciones internacionales dentro de las cuales se encuentran organismos multilaterales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, entre otros, dadas las responsabilidades que estas instituciones tienen de contribuir con los países en el desarrollo de un sector financiero eficiente, sólido y transparente.

Particularmente el Banco Interamericano de Desarrollo, dispone de un grupo de programas de cooperación técnica no reembolsable orientado a darle apoyo a las actividades que propenden a la integridad de los mercados financieros de los países miembros regionales.

A través de programas como los mencionados, el BID ha establecido mecanismos de cooperación con instituciones directamente vinculadas con estos temas como la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de las Drogas (CICAD) y ello le ha permitido financiar la realización de estudios específicos sobre los temas de lavado de dinero y realizar en algunos países de la región, seminarios y cursos de capacitación y entrenamiento, sobre esos temas, para funcionarios de los bancos privados, jueces y fiscales del Ministerio Público.

Asimismo, el Banco Interamericano de Desarrollo viene participando como observador en las reuniones de las organizaciones e instituciones internacionales dedicadas a elaborar directrices y recomendaciones con miras a armonizar las normas que los países han venido aplicando para prevenir y combatir esas actividades ilícitas.

No obstante lo anterior, el lavado de dinero es un delito internacional cuyo combate y prevención requiere necesariamente de la cooperación y la acción concertada de gobiernos e instituciones internacionales.



Igualmente, se trata de un delito cuya magnitud es tal que repercute sobre la sociedad en aspectos tan importantes como la economía, la seguridad interna, la integridad territorial y los valores éticos.

Es un delito que generalmente siempre trata de operar en aquellas jurisdicciones nacionales más débiles tanto en términos normativos y de regulación como en la efectiva aplicación y vigencia de las leyes y reglamentos.

En síntesis, se trata de un delito cuya magnitud y complejidad operativa sobrepasa con creces la capacidad de los países para enfrentarlo por sí mismos, de allí la importancia de la cooperación y ayuda que pueda brindarnos el BID.

Desde ese punto de vista la asistencia que el Banco Interamericano de Desarrollo le pueda prestar a sus países miembros para fortalecer y mejorar la capacidad de regulación y supervisión de sus sistemas financieros y para crear eficientes sistemas nacionales contra el lavado de dinero que comprendan igualmente al sector judicial constituye una acción de singular importancia para evitar la utilización de los sistemas financieros de nuestra región por la delincuencia organizada para legitimar sus actividades ilícitas.

Por otra parte, las diferencias relativas en los niveles de desarrollo económico y de avance institucional entre los países de nuestra región, crea una gran heterogeneidad en las regulaciones y la calidad de la supervisión que las autoridades realizan sobre los sistemas financieros nacionales; por tanto, se abren posibilidades para que la delincuencia organizada opere en aquellos países más vulnerables, dadas las falencias de sus ordenamientos jurídicos y su operatividad institucional, bajo tales circunstancias el banco puede colaborar activamente con esos países para elevar la calidad de sus instituciones reguladoras, el contenido de los marcos jurídicos contra la legitimación de capitales y capacitar y entrenar el capital humano que labora en las tareas de prevenir, detectar y sancionar a ese delito en consonancia con los estándares internacionales existentes, con miras a ir construyendo paulatinamente un sistema



regional contra el lavado de dinero más homogéneo y seguro que actúe como un factor de disuasión para los delincuentes financieros.

Finalmente son ampliamente conocidas las serias repercusiones que este delito tiene sobre la sociedad y, sin embargo es un fenómeno que aún no ha sido entendido ni controlado suficientemente; de allí la conveniencia que el BID al igual que lo están haciendo otras instituciones internacionales como el FMI y el Banco Mundial, se dedique al estudio del lavado de dinero desde todas sus vertientes e implicaciones como, por ejemplo, en el plano macroeconómico, en el área de la seguridad interna de los países y su integridad territorial, en los valores y principios del tejido social y en la toma de conciencia de la sociedad civil sobre la necesidad de protegerse a sí misma contra los embates de este delito.



## CAPÍTULO IV

### 4. Secreto bancario

#### 4.1. Reseña Histórica del secreto bancario

##### 4.1.2. Aspectos generales<sup>15</sup>

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

Escudriñando el pasado también se le conoce en la edad media como parte de la ética de los negocios de esta naturaleza en la Orden de los Templarios y en ciertas órdenes de caballería y religiosas que realizaban alguna actividad relacionada con la banca.

De acuerdo con el autor citado en Francia, mediante una disposición administrativa del 2 de abril de 1639, relativa a la Bolsa de Paris, se establecía que los asuntos de la Bolsa no sean conocidos mas que por aquellos que negocien en la misma. El secreto bancario, pues, es de vieja estirpe y en este país, la doctrina es unánime y lo justifica como plenamente protegido, tanto en las actividades de cambio, con en las de banca, y derivado de la confianza que el publico tiene en los banqueros, cuya revelación de operaciones sería una especie de abuso de esa confianza.

El diccionario de la Real Académica Española, registra la palabra secreto como todo aquello que cuidadosamente se tiene reservado y oculto, se puede inferir que el secreto es una conducta cuyos elementos son:

---

<sup>15</sup> Derecho Bancario, 1978, Ed. Porrúa pagina 190.



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

El secreto profesional tiene sus antecedentes desde el Derecho Romano, recogidos posteriormente en el Derecho Español, como algo que se comunica por razón de las actividades profesionales que se ejercen y que a través de este ejercicio las personas les comunican hechos, circunstancias, datos o documentos que les confía su clientela.

El basamento está, en consecuencia, en la ética profesional y en el interés público que establece la sociedad para proteger la vida privada o la seguridad jurídica de las personas que han puesto en conocimiento de los profesionales los hechos o datos comunicados.

Particularizando el secreto en general, como el secreto bancario, el país que por antonomasia lo ha conservado es Suiza. Por su neutralidad reconocida desde 1815, por su estabilidad política, por su cultura y por el respeto a sus instituciones tiene un sistema bancario sólido que lo hace merecedor de toda confianza.

Los bancos privados que operan en dicho país, son los mas antiguos y en muchos aspectos lo más importantes, no publican balances, y otros datos y han sabido dar a sus operaciones tal seguridad y sigilo, que ciudadanos prácticamente de todo el mundo atraídos por la estabilidad y neutralidad, depositan su dinero, sobre todo proveniente de países con graves dificultades o revoluciones, que tiene control de cambios bloqueo de cuentas, altos impuestos, graves problemas de inflación.

Sin embargo, cabe hacer la salvedad obligada que en materia penal el secreto bancario se quiebra para dar paso a la justicia criminal, por lo que el interés privado de los depositantes no puede ser protegidos por estar en juego valores de mayor jerarquía



como lo son los sociales para proteger a la sociedad misma, tanto a nivel local como internacional, esto es, el pedido que realizan los tribunales extranjeros a través de los conductos correspondientes.

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

El secreto bancario cuya raíz podría encontrarse en el derecho de la intimidad como una garantía fundamental de seguridad de la persona y ser por ello un derecho subjetivo público, se ve ahora superado para proteger valores de mayor jerarquía, como son los que preservan a la sociedad.

Este criterio debe verse con ojos no de extremos radicalismos que puedan echar a perder una de las figuras más consagradas en el derecho bancario, pues hoy por hoy sigue siendo una de las más nobles de esta disciplina, como el instrumento de garantía para guardar el derecho a la intimidad de las personas que hacen uso de los bancos.

Hace algunos años muchos autores pensaban que el secreto bancario era una muralla inexpugnable que sólo podía develarse cuando estaba en juego la justicia criminal y con mucha precaución y prudencia en la justicia civil, por lo tanto, sólo a través de un mandato judicial proveniente de un proceso en curso, era posible revelar el secreto y preciso y que fuera calificado por el banquero para dar la información correspondiente, sin que ello significara un desacato, apoyándose el banquero en la ley que lo obligase a guardar el derecho de reserva.



Hoy parece que hay un consenso en que el sigilo bancario debe de abrirse en las operaciones pasivas para mantener la estabilidad y sanidad del sistema y la confianza del mismo tanto a nivel local como internacional.

Los grupos criminales, han montado fuertes estructuras y sólidas organizaciones, con métodos sofisticados y un personal altamente calificado, que se han servido de los blancos para la realización de actividades ilícitas, colocando capitales y haciendo transacciones en el orden interno e internacional que muchas veces escapan al ojo de los mas avezados investigadores.

Estos grupos han hecho que el secreto bancario tanto en las operaciones pasivas como activos e incluso de las neutras o de confianza, vaya cediendo con lo cual la institución se ha ido debilitándose paulatinamente poniendo en condiciones frágiles lo que siempre fue la piedra de soporte del sistema bancario y la defensa por excelencia del derecho a la intimidad.

El banquero, por consiguiente, como responsable del dinero que fluyen hacia sus ventanillas debe tener un sexto sentido para intuir la procedencia del dinero producto de hechos criminales.

## **4.2. El Concepto de secreto bancario**

### **4.2.1. Aspectos generales**

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



Por secreto de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española se entiende lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto. Bancario sería lo relativo al sujeto banco y a la materia lo relativo a la descripción de la conducta.

De donde se deduce que secreto bancario es lo que el banco tiene como cuidadosamente reservado y oculto, lo que no debe ser conocido por nadie, nada mas por el banco y el cuenta habiente y en términos más generales todo aquel que haga una comunicación al banquero en función tal, aun cuando no sea dentro del banco, esto es, cualquier otro lugar y a cualquier hora, siempre que la comunicación se haya tomado en cuenta que se le dirige a un banquero y que por tal razón se le hace la comunicación. Es mas, aun cuando el banquero o receptor de la información ya no este al servicio de la institución, tiene de todas maneras la obligación de guardar lo comunicado e informado.

Algunos autores, entre ellos Shichtermann, refiere el secreto bancario a la obligación del banco de no dar información, sea sobre las cuentas de sus clientes, sea sobre aquellos hechos ulteriores que haya llegado a conocer en razón de sus relaciones con el propio cliente. Para otro reputado autor, Alberto Crespi el secreto sería una consiente y actual ocultación de un contenido de experiencia propio de un determinado suceso y correspondiente a aquel particular estado de hechos, penalmente garantizado por intereses jurídicamente protegibles, a favor de aquel mismo sujeto al que concierne que es contenido de experiencia no sea revelado a otros. Ambas definiciones conceptuales hacen énfasis en el lado de las operaciones pasivas, como que la protección estaba dada más en los depósitos que en las colocaciones.

Octavio Hernández, tratadista mexicano, sostiene que es el deber jurídico que tienen las instituciones de crédito y las organizaciones auxiliares y sus empleados de no revelar ni directamente los datos que lleguen directamente a su conocimiento, por razón o motivo de la actitud a la que están dedicados.<sup>16</sup>



Jorge Labanca, tratadista argentino, sostiene que es un deber de silencio a cargo de los bancos respecto de hechos vinculados a las personas con quien mantiene relaciones comerciales.<sup>17</sup>

Juan Carlos Malagarriga, tratadista argentino, sostiene que el secreto bancario es obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros, sin causa justificada, los datos referentes a sus clientes que llegan a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan.<sup>18</sup>

Carlos Gilberto Villegas, tratadista chileno, sostiene que es el deber impuesto a las entidades financieras de no revelar las informaciones que posean de sus clientes y las operaciones y negocios que realicen con ellos.<sup>19</sup>

Raimond Farath, tratadista Francés, sostiene que la reserva bancaria es la obligación hecha al banquero y que beneficia al cliente para no revelar ciertos hechos, actas, cifras u otras informaciones que él ha tenido conocimiento a través del ejercicio de su actividad bancaria y notablemente las que conciernen a su cliente, so pena de sanciones muy rigurosas de órdenes diversas, civiles, penales y disciplinarias.<sup>20</sup>

Alfonso de la Espriella Ossio, sostiene que el secreto bancario está fundamentado en la obligación profesional que tienen, tanto la persona jurídica en su calidad de órgano colectivo, como la dirección, la administración y los empleados, individualmente, de no revelar directa ni indirectamente las informaciones y datos que lleguen a su conocimiento, en virtud de la actividad a que están dedicados.<sup>21</sup>

Sergio Rodríguez Azuero, sostiene que el secreto bancario, obligación profesional es en esencia la necesidad de conservar la privacidad de las fuentes, el

---

<sup>16</sup> Hernández, Octavio A.. Derecho Bancario Mexicano. Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas. México, 1956. p. 130 y 131.

<sup>17</sup> Labanca, jorge. El secreto bancario. Ed. perrot. Buenos aires, 1968. P.9.

<sup>18</sup> malagarriga, juan carlos. El secreto bancario. Ed. abeledo-perrot. Buenos aires, 1976. P.15.

<sup>19</sup> villegas, carlos gilberto. Manual de derecho bancario. Ed. jurídica ediar-conosur Ltda. Chile, 1987. P.173.

<sup>20</sup> farath, raimond. Citado por bueno rincón, fabio enrique. El secreto bancario. Ediciones jurídicas gustavo ibáñez. Colombia, 1993.

<sup>21</sup> op. Cit., de la espriella ossio, alfonso. P. 80 y 81.



destino, la cuantía, etc, de las operaciones celebradas por cuenta de su clientela, así como la de los estados financieros e informes particulares sobre sus actividades comerciales que ordinariamente presentan los clientes a los bancos, como requisito para la tramitación de las distintas operaciones.<sup>22</sup>

Nestor Humberto Martínez Neira, sostiene que consiste en guardar discreción sobre la información que recibe el banquero en ejercicio de su actividad, para ser efectivo el derecho fundamental de los ciudadanos a su intimidad, a la confidencialidad, al respeto de la individualidad de la persona, que protegen las constituciones políticas y que forman parte de los derechos humanos.<sup>23</sup>

De las anteriores definiciones se destacan seis características del Secreto Bancario, a saber:

- Deber jurídico de las entidades financieras y de sus empleados de guardar confidencialidad de la información que reciben en desarrollo de su actividad.
- Deber de carácter profesional.
- La información no puede ser revelada sin causa justificada.
- La Reserva Bancaria va dirigida a la protección de la información que es confiada.
- La violación injustificada de la reserva por parte de las entidades obligadas a mantenerla, acarrea sanciones de todo tipo para las mismas,
- Los anteriores elementos constituyen de una manera pormenorizada el concepto de Reserva Bancaria, las implicaciones de la misma y las consecuencias que pueden derivarse de su violación.

### **4.3. Sujetos del secreto bancario**

En cuanto a los sujetos de la reserva bancaria, según Carlos Alberto Villegas pueden distinguirse dos grupos, por una parte las entidades financieras y por otra parte los clientes.

---

<sup>22</sup> Rodríguez Azuero, Sergio. Contratos Bancarios. Biblioteca Feleban. Bogotá, 1994. p.120.



Con respecto a las entidades financieras, dicho autor expone:

- a) Siendo las entidades financieras personas jurídicas, la obligación de guardar silencio tiene, necesariamente que extenderse a las personas que la administran, gobiernan y fiscalizan y a los funcionarios y empleados de que se sirven. Esta obligación impuesta a las personas naturales referidas no cesa por su desvinculación con la entidad.
- b) Dicha obligación tiene que extenderse también a las entidades a quienes el Estado encomienda la supervisión y control del sistema financiero y, lógicamente, a su personal.
- c) En la misma situación quedan las entidades y personas vinculadas a las entidades financieras, que en razón de su actividad tomen conocimiento de hechos e informaciones de clientes de éstas.<sup>24</sup>

Como se puede observar, la reserva de la información cobija a toda persona que en razón de sus funciones tenga conocimiento de la misma garantizando de esta forma una protección amplia y extendida.

Por otra parte, están los clientes, definidos por Carlos Gilberto Villegas, así: entendemos que no sólo están protegidos los clientes de la entidad, en sentido estrictamente comercial, sino toda persona que realiza un negocio, una operación, o mantiene una relación con una entidad financiera, aun cuando no llegue a contratar con ella.

Es decir que debemos interpretar con amplitud el concepto de clientes, entendiendo por tales no sólo a quienes mantienen una relación de continuidad en sus operaciones con una entidad, sino a todo aquel que utilice los servicios de una entidad financiera, aunque sea en forma accidental.<sup>25</sup>

La anterior es una interpretación extendida de la palabra cliente, la cual resulta adecuada si se tiene en cuenta la naturaleza y la función de la reserva bancaria.

---

<sup>23</sup> Martínez Neira, Nestor Humberto. Cátedra de Derecho Bancario Colombiano. Legis Editores S.A.. Bogotá, 2000. p.397.

<sup>24</sup> Op. cit., Villegas, Carlos Gilberto. p.176.

<sup>25</sup> Ibid. p.177.



#### **4.4. Utilidad del secreto bancario en general**

##### **4.4.1. Aspectos generales**

Sobre la función de la Reserva Bancaria, Jorge Labanca establece lo siguiente: desde distintos ángulos se ha definido en el extranjero la utilidad del secreto bancario, por razón del interés público más que del privado se ha dicho que la obligación de secreto refuerza la confianza de la clientela en las instituciones de crédito y ello, a su turno, asegura un alto porcentaje de depósitos, un volumen sostenido de negocios y, en definitiva, una afluencia vigorosa de capitales hacia el sector bancario que, de no existir el secreto, emigrarían hacia países donde se facilitarían ese tipo de seguridades.<sup>26</sup>

Por su parte, Garrigues asegura que el secreto es presupuesto de la relación de confianza constituida entre el banco y el cliente, con lo cual lo convierte en una de las bases insustituibles del comercio de banco.<sup>27</sup>

De esta forma, se aprecia como elemento fundamental de la utilidad de la reserva bancaria, la relación de confianza que genera entre el cliente y el banco. Dicha confianza permite que esta relación sea estable y que ofrezca beneficios a ambas partes.

##### **4.4.1.2. Naturaleza jurídica del secreto bancario**

Establecer la naturaleza de una institución jurídica no es más que encuadrarla dentro de cierta categoría jurídica elaborada por la dogmática con la finalidad de aplicar a la parcela de la realidad analizada, la descripción jurídica que por naturaleza sería fácil con sólo acudir al derecho positivo de cada país y de acuerdo con el tratamiento que la materia haya merecido, según la política legislativa de que adopte cada estado.

---

<sup>26</sup> Op. cit., Labanca, Jorge. p. 10.

<sup>27</sup> Garrigues, Joaquín. Citado por Labanca, Jorge. El Secreto Bancario. Ed. Perrot. Buenos Aires, 1968. p. 11.



Sobre la naturaleza del secreto bancario dijimos ya algo en líneas anteriores adscribiéndolo al derecho público, un sector de la doctrina sin embargo ha considerado que esta figura participa tanto del derecho público como del derecho privado.

Público porque corresponde a los órganos del estado tutelar este derecho, y privado porque el secreto bancario tiene una naturaleza subjetiva en cuanto que el derecho tutelado corresponde a un titular determinado, a quien corresponde su ejercicio o su invocación para el caso que se infrinja y su correspondiente acción de daños y perjuicios para restaurar el equilibrio.

El autor Arturo Martínez Galvez, es del criterio que el secreto bancario tiene una naturaleza pública que deriva de un derecho fundamental de la personalidad, esto es, el derecho a la intimidad, sin que ello pueda hacerse extensivo a las personas jurídicas no por el hecho de la intimidad porque estas no son seres humano, sino porque tienen también la protección del derecho como una extensión de algunos derechos fundamentales.

Como lo dice el tratadista español Pablo Lucas Verdú, en su obra Derecho Publico, al señalar que no solamente pueden ser titulares de los derechos fundamentales las personas individuales, sino que tales derechos corresponden también en algunos casos a las personas colectivas, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

Las personas jurídicas, por tanto pueden gozar de los derechos de inviolabilidad de domicilio, etc.; en cambio no son aplicables a las personas jurídicas derechos específicos de las personas individuales, como el derecho a la vida, la inviolabilidad corporal, el matrimonio, la familia, etc.

No se trata como se ve, de distinciones o limitaciones gravosas, sino consecuencias naturales que se imponen.



Desde luego que su ejercicio obedece a una acción del perjudicado, pero esto no quiere decir que pertenece al ámbito privado, pues para que el derecho lo tutele no es necesario que se suscriba un documento a través del cual se haga su reconocimiento.

Las garantías de seguridad y libertad existen como una protección que tiene la persona en cuanto que los poderes públicos o privados no tendrán una injerencia en la libertad del individuo, pero también para asegurar que los demás respeten dicha esfera de libertad individual. Prueba de ello es que en la mayoría de las legislaciones recogen este derecho en normas que tienen carácter público.

#### **4.4.1.3. Bien jurídico tutelado por la reserva bancaria.**

La reserva bancaria o secreto bancario protege el derecho a que la información entregada a las entidades financieras con respecto a los servicios que ellas prestan, no sea revelada sin causa justificada.

De esto, se llega necesariamente al derecho a la intimidad, definido como elemento esencial de la personalidad y con una directa conexión con la dignidad humana<sup>28</sup>, lo que en su esencia no permite vulneraciones inadecuadas.

De esta forma, lo que no se permite es la exposición injustificada por parte de los bancos de la información que les es suministrada, la cual con su publicación puede perjudicar notablemente a las personas que la confiaron.

Pero por otra parte, la protección no sólo va dirigida a la información detallada y los propietarios de la misma, sino que además va dirigida a la protección del Negocio Financiero y del mercado<sup>29</sup> en general.

---

<sup>28</sup> Op. cit., De La Espriella Ossio, Sergio Alejandro. p. 38.

<sup>29</sup> Entiéndase por mercado, el conjunto de compradores reales y potenciales de un producto. Kotler, Philip. Mercadotecnia. Tercera Edición. Ed. Prentice Hall. México, 1989. p. 729.



Es decir protegida la información entregada por el cliente, entendido este concepto en su sentido amplio<sup>30</sup>, necesariamente va a traducirse en un sentido de seguridad, lo cual va a repercutir en la confianza otorgada a las instituciones financieras.

De por sí la confianza es uno de los activos más representativos y relevantes para la banca, ya que este elemento conlleva al correcto desarrollo de dichas instituciones y al equilibrio del mercado en general.

Este aspecto de protección del mercado, necesariamente compromete la intervención estatal, dando al secreto bancario participación en el derecho privado y público<sup>31</sup>.

#### **4.5. Sujeto beneficiado con el sigilo**

El sujeto beneficiado con la Reserva Bancaria es el cliente entendido en su concepto amplio, tesis expuesta por Gilberto Villegas así: entendemos que no sólo están protegidos los clientes de la entidad, en sentido estrictamente comercial, sino toda persona que realiza un negocio, una operación, o mantiene una relación con una entidad financiera, aun cuando no llegue a contratar con ella. Es decir que debemos interpretar con amplitud el concepto de clientes, entendiendo por tales no sólo a quienes mantienen una relación de continuidad en sus operaciones con una entidad, sino a todo aquel que utilice los servicios de una entidad financiera, aunque sea en forma accidental.

Pero como se mencionó anteriormente, no sólo son los clientes continuos y esporádicos los beneficiados con la reserva bancaria, sino que las entidades financieras igualmente se benefician, ya que adquieren y mantienen la confianza de las personas que utilizan sus servicios, materializándose en prosperidad y estabilidad de las mismas.

---

<sup>30</sup> Op. cit., Villegas, Carlos Gilberto. p. 177.



Esa condición positiva y de crecimiento de las entidades financieras, beneficia directamente al mercado, alcanzando márgenes de utilidad general.

#### **4.6. Carácter no absoluto del secreto bancario**

La doctrina es consistente al afirmar que la reserva bancaria no es absoluta, ya que no implica un silencio hermético frente a toda la información que llegue a conocer.

En este orden de ideas, hay información y circunstancias amparadas por la reserva bancaria y otras que no.

Carlos Gilberto Villegas en su compendio Manual de Derecho Bancario, enumera los siguientes casos frente a los cuales desaparece la obligación de sigilo, a saber:

- Administración de Justicia.
- Administración Pública.
- Organismos de Superintendencia.
- Colegas del Banquero.
- Mandatarios y apoderados del cliente.
- Contienda judicial con el cliente.
- Situación del cónyuge del cliente.
- Sucesores a título universal.
- Sucesores a título particular.

Con respecto a este tema, hay autores que hacen enunciaciones más resumidas o más extensas, esto debido a las legislaciones de cada país, pero el punto que no debe perderse vista es el de carácter no absoluto de la Reserva Bancaria y su consecuente develación.

---

<sup>31</sup> Op. cit., Bueno Rincón, Fabio Enrique. p. 54.



## **4.7. Fundamentos del secreto bancario**

### **4.7.1. Aspectos generales.**

Establecer el fundamento de una institución no es sino encontrar la razón de su obligatoriedad o lo que es lo mismo porqué razón deviene exigible que los bancos guarden escrupulosamente lo comunicado por sus cliente.

La doctrina se ha esforzado por encontrar este fundamento no en la dogmática jurídica, sino en la ética, esto es el sustratum que le de legitimidad, pues no basta que lo registre el ordenamiento jurídico, sino es necesario encontrarle un reconocimiento estatal.

Cuando nos preguntamos sobre el fundamento de las instituciones jurídicas estamos indagando sobre su razón de ser, sobre los valores que las justifican y legitiman, que son la validez intrínseca de los mandatos que hacen posible el orden y la convivencia social.

### **4.7.2. Uso**

El secreto bancario desde su punto de vista de su historia y de las relaciones que se han venido dando a través del tiempo, de las personas con los banqueros, esta cifrado en una especie de consentimiento tácito en que las comunicaciones que se hacen a los bancos están adornadas de una secretividad porque lo comunicado únicamente interesa al cliente y a nadie más.

Recordemos que el derecho comercial fue básicamente producto de las relaciones que se dan en los distintos mercados primigenios de los diferentes países, todavía en nuestros días los usos comerciales son fuente de derecho por lo que no es raro que el secreto bancario tenga su fundamento en el constante y permanente tráfico de las relaciones mercantiles.



Si bien es cierto que el uso es sólo es fuente de derecho cuando así lo dispone la ley, uso normativo en lo que se refiere a nuestro sistema jurídico el fundamento del secreto bancario no está en esa fuente social que enriquece la cultura jurídica de los países, pues brota de las relaciones de la sociedad misma.

La del banquero siempre ha sido una profesión que se remonta a los viejos tiempos desde Babilonia, pasando por Roma en don de los argentari tuvieron su asiento y sentaron con mayor firmeza la actividad bancaria, sin dejar de tomar en cuenta las grandes transacciones de Florencia que marcaron los primeros emporios del mercado y por tanto de las relaciones bancarias.

No se diga la Gran Bretaña que por su situación geográfica también tiene mucho que ver en las instalación de los grandes bancos como consecuencia del tráfico en los mercados internacionales. En todas estas relaciones los uso comerciales y bancarios tuvieron una enorme importancia al ir creando un consenso dentro de la sociedad sobre como debieran regirse las relaciones, originándose un sentimiento de obligatoriedad en la comunidad.

Por eso como dicen tratadistas de renombre, como el español Joaquín Garrigues, es enorme la importancia histórica de los usos y de la costumbre en la creación del derecho mercantil, ocupando los primeros en jerarquía importante de indiscutible reconocimiento.

La formación de los usos bancarios deriva, unas veces, de prácticas profesionales que dominan tácitamente la conclusión de los contratos bancario, de tal suerte que, ante el silencio de los contratantes, debe de entenderse que éstos han querido seguir tales prácticas; otras veces los usos se condensan en las condiciones generales elaboradas unilateralmente por los bancos, caracterizándose en este caso por estar inspirados en los intereses particulares del banco o grupos de bancos que las redactaron, sin que ello obste a la validez del uso<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Curso de Derecho Político, Vol.III, Ed. Tecnos, Madrid, España. 1976, pag. 86



De acuerdo con nuestro sistema legal, el uso tiene una aplicación restringida en virtud de la primacía de la ley como fuente de derecho, salvo en los casos en los que la misma ley les concede validez como sucede con el derecho mercantil y el derecho laboral.

En el derecho bancario aunque existen prácticas reconocidas, como estándares a especie de condiciones generales, como en el derecho español, lo cierto es que rige el principio de legalidad a tono con lo previsto en Artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial, que señala que la costumbre o la práctica en contrario no le quita fuerza a la ley.

El uso en materia del secreto bancario está en muchos países plenamente reconocido, en cuanto se supone que las relaciones entre cliente y banco están protegidas por la confidencialidad de debe de guardar éste.

Para un sector de la doctrina el secreto bancario tendría su fundamento en la buena fe de los contratantes, según el autor italiano Giuseppe Velotti si bien podría encontrarse algún fundamento en la costumbre, lo cierto es que siendo generalmente aceptado, su fundamento estaría en la naturaleza y en la importancia económica del servicio bancario y en el carácter eminentemente fiduciario de la actividad bancaria, aun si ninguna disposición de la ley lo sancione expresa y directamente.

#### **4.7.3. La buena fe**

Un sector de la doctrina fundamenta el secreto bancario en la buena fe, se parte de que la buena fe constituye el sustratum de la relación contractual y la precontractual, parece entonces, importante que hagamos un análisis siquiera breve de los que dicho concepto significa in genere y en particular, de las relaciones nacidas en virtud de comunicaciones hechas al banco.



Como principio general de la contratación se da por sentado que el mismo late en todo negocio jurídico contractual y quizá ésta sea la causa por lo cual no se haga un examen detenido del concepto.

De acuerdo con el tratadista italiano Emilio Betti, en su tratado General de las Obligaciones<sup>33</sup> el criterio de la buena fe, se presenta en fases distintas que se pueden resumir del modo siguiente:

- En la formación del contrato
- Durante el desarrollo de la relación contractual
- Después de su conclusión

Con la relación a la primera la buena fe debe ser el principio rector, aun en las practicas preliminares entre la persona que va a entablar relaciones con el banco, es decir la fase de formación del contrato, en cuanto que con la iniciación de éste se establece entre una y otra parte un particular contacto social, una relación de hecho basada en la reciproca confianza.

En esta relación de hecho entra en juego las relaciones de corrección y entra en vigor no sólo el deber de lealtad en el negocio, sino también, obligaciones especificas que pueden ser de información o de aclaración, razón a la posibilidad de que la esfera de intereses de la otra parte resulte perjudicada como consecuencia de la omisión de las información de las aclaraciones debidas.

Es indudable que el principio de la buena fe también gobierna en el desarrollo de la relación contractual, durante la vida propiamente del vinculo jurídico, sometiendo a su control, por entero, el comportamiento de las partes; no solo una de ella, sino también de la otra parte debe encontrar satisfecha una expectativa propia.

Dicho en otras palabras, la buena fe significa un criterio de conducta que se funda sobre la fidelidad del vinculo contractual y sobre el compromiso de satisfacer la

---

<sup>33</sup> Emilio Betti, Tratado General de las Obligaciones. Pág. 110.



legítima expectativa de la otra parte; un compromiso en poner todos los recursos propios al servicio del interés de la otra parte en la medida exigida por el tipo de relación obligatoria de que se trate.

En tal sentido, si la buena fe es un criterio que subyace en el intercambio preliminar de toda relación aun cuando no se llegará a concretar un vínculo jurídico propiamente contractual, con mayor razón debe prevalecer este criterio para el banco en el cumplimiento de reserva del secreto bancario, cuando exista la configuración de una relación cliente banco, es decir en la ejecución propiamente de las estipulaciones contractuales.

Cabe añadir, en el mismo orden de ideas, respecto a que una vez concluida la relación contractual, es decir, cuando ya cliente deja de serlo para el banco, el banquero, con base al criterio de la buena fe, debe seguir guardando el secreto que el cliente le ha confiado cuando mantenía relaciones con él.

El principio de la buena fe trasciende más allá del vínculo jurídico, que ha dejado de tener vigencia entre las partes, de este modo y quizás uno de los que presentan en el derecho, una vez extinguida la relación entre el banquero y el cliente, aun así. Deviene obligado aquél a seguir guardando lo confiado y por tanto la revelación o divulgación de la identidad del depositante y la información de los particulares.

Esta protección nace de la propia naturaleza del secreto bancario; si supiera la persona interesada que al terminar sus relaciones con el banco, el banquero estaría en la libertad de revelar su identidad y las informaciones seguramente no acudiría al banco, salvo que decidiera mantenerse vinculado al banco *ad eternitatem*.

La buena fe es el elemento ético que adorna toda relación jurídica, incluso toda relación que no ha sido elevada a la categoría de jurídica, pero que el trato comercial o bancario la van reconociendo como el elemento fundamental de toda relación.



En este sentido tanto la costumbre como el uso reconocen implícitamente que el factor que empuja a la realización de las operaciones está la buena fe los contratantes y que esta no es necesaria que se haga ver explícitamente porque nace de la naturaleza misma de la relación, de ahí que nuestro código de Comercio en su Artículo 669 exprese que es principio general de la contratación mercantil la buena fe guardada.

#### **4.8. El Contrato**

Más llena de certidumbre podría ser la fundamentación en el contrato en cuanto que de acuerdo con la teoría general de éste, las partes se obligan no sólo a lo expresamente convenido, sino a lo comprendido en el mismo que está tácitamente dicho, lo que comprende el uso y la costumbre.

En nuestro código civil como tampoco en el de comercio existe una conceptualización similar salvo lo dicho a la buena fe, y lo que establece el Artículo 1519 aunque no reconociendo implícitamente la costumbre o el uso, pues expresa que desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado y debe ejecutarse de buena fe según la común intención de las partes.

La doctrina reconoce como la fuente más inmediata del secreto bancario el contrato, esto es, su fundamento; no como el elemento próximo y directo sino como una necesaria manifestación accesoria a este.

Las operaciones bancarias, por ser operaciones realizadas en masa, no se configuran como contratos formales sino mediante formularios o actos que determinan una relación contractual, por lo que las partes o una de ellas como lo es el cliente no tiene ocasión de celebrar cláusulas que regulen el secreto bancario; más bien depositan su confianza en el banco, la gran mayoría no sabe que existe el secreto bancario; de



ahí que esta figura no sea defendida con un derecho fundamental que tiene raíz en el derecho de la personalidad.

#### **4.9. El secreto profesional**

El fundamento del secreto bancario está en el secreto profesional, resguardado por normas de carácter penal, mediante las cuales el estado tutela el bien jurídico de la privacidad o el derecho a la intimidad.

Se parte de la base que el banquero ejerce una profesión que es precisamente una actividad especial que requiere preparación y experiencia, por lo que siendo la figura la violación del secreto profesional, estaría en ella la del secreto bancario.

Por secreto profesional no debe entenderse sólo el secreto del profesional sino, más generalmente el secreto inherente al ejercicio profesional de determinada actividad, hipótesis que permite la incorporación al precepto de la actividad bancaria.

El autor Joseph Hamel sostiene que la obligación de no revelar tiene su fundamento en la obligación de reserva entre aquellas inherentes al ejercicio de una profesión, por lo que siendo la actividad del banquero el ejercicio de una profesión, lógicamente, esta sujeto al secreto profesional.

#### **4.10. Derechos humanos**

Ahondando más sobre su fundamento hay quienes consideran que el fundamento de esta figura bancaria se encuentra en la teoría de los derechos humanos, considerando que el secreto estaría en el derecho natural como un derecho inherente al individuo, ubicándolo en los principios del derecho privado, relativos a la responsabilidad cuasidelictual, los que serían aplicables, porque el derecho al secreto es de orden natural y pertenece a los derechos humanos, consagrados por las modernas constituciones, cuya violación obliga a la reparación del perjuicio.



Cual es la ley fundamental, pues no puede haber ningún derecho aunque sea reconocido por la ley que no tenga su validez en la carta magna. Así pues el fundamento primario y último estaría en la norma fundamental que es la fuente de validez del orden jurídico.

El secreto bancario, en consecuencia, sería un derecho de la personalidad humana de indiscutible protección constitucional, esta raíz constitucional vendría dada a razón de la naturaleza íntima que entraña toda operación financiera. Existe un entendido mutuo que lo comunicado solo quedara entre el banquero y el cliente, esta confiabilidad y comunicación cae dentro del ámbito de la esfera íntima como es la correspondencia documentos y libros, por lo que goza de igual protección constitucional.

El Artículo 24 cubría su sustentación, así también el Artículo 44, que señala que los derechos y garantías que otorga la Constitución Política de la Republica de Guatemala no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella son inherentes a la persona humana, descansaría en el argumento que el derecho absoluto que tiene el individuo a determinar cuáles de sus hechos pueden ser llevados a conocimiento de terceros comparte, en el caso del banco, la obligación de respetar dicho derecho, fundamentalmente cuando el banco ha llegado a conocerlos en razón de sus relaciones de negocios con el propio cliente<sup>34</sup>.

Malagarriga, en su obra citada, señala que en Suiza, contrariamente a lo que pueda suponerse, esto es, que el fundamento de la notoria protección que allí se da al secreto de las operaciones bancarias es el de la atracción de dinero extranjero.

---

<sup>34</sup> Arturo Martínez Gálvez, El Secreto Bancario en la nueva Ley de Bancos y Grupos Financieros, Pág. 18



#### 4.11. La ley

De conformidad con el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial, la ley es la fuente del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia la complementara, por consiguiente, el fundamento del secreto bancario está en la ley y a ella debemos remitirnos para encontrar no sólo su fundamento, sino los elementos personales y reales que se encuentran enlazados en la relación jurídica sustantiva creada por la norma.

Es conveniente tocar los aspectos legales del secreto bancario que la doctrina extranjera recoge, particularmente la de México representada por el autor Miguel Acosta Romero, para tener una mejor ilustración de nuestra figura legal, tanto más cuanto que la misma se encuentra recogida en la nueva Ley de Bancos y Grupos Financieros, con matices peculiares, debido a los últimos acontecimientos lo cual exige una normativa que garantice la liquidez, solvencia y solidez del sistema bancario y financiero nacional y una sanidad del mismo, preservándolo del mal uso que se haga de las operaciones y servicios que prestan los bancos.

El autor citado presenta dos posiciones una positiva y otra negativa, en la primera estarían protegidas en primer lugar las operaciones cualquiera que sea su naturaleza, segundo lugar todos aquellos datos confidenciales que en razón de la confianza y actividad profesional del banquero le han sido confiado por sus clientes, y en tercer lugar todos aquellos datos que forman parte de la vida privada del cliente.

No están cubiertas por el secreto bancario aquellas cuestiones que son meramente de información general, que no comprende datos específicos pudiéndose obtener por medios de publicidad por ejemplo, el balance anual de las sociedades mercantiles que forma parte de la solicitud de crédito, no obstante que por disposición de ley se publican debe ser guardado con reserva por el banquero, y no se diga aquellos balances o inventarios, que fueron formulados específicamente para los efectos de realizar una operación de crédito, los cuales deben estar completamente amparados por el secreto bancario.



Tampoco a juicio del autor citado quedarán comprendidos aquellos otros datos e informes que de manera adicional se proporcionados por los clientes y no se refieran a su vida privada, ni a cuestiones relacionadas con las operaciones que celebra la institución bancaria.

Las anotaciones anteriores nos sirven para interpretar de una mejor forma el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, desde este punto de vista de la doctrina y del derecho positivo mexicano, la tendencia del secreto bancario es la protección de lo comunicado al banco todo lo que está en relación a las operaciones, tanto las operaciones pasivas y activas del cliente.

A criterio del autor Rudolf Von Ihering no es más que la protección de intereses de los particulares que entablan relaciones con los bancos el bien jurídico tutelado es el interés individual que en sentido amplio es el interés del capitalismo.

Toda la estructura del sistema bancario y por extensión del sistema financiero, responde a una concepción del capitalismo, basada en garantías individuales por lo que la interpretación que se haga del secreto bancario obedece a proteger aquellas personas cuyo recursos en definitiva forman o provienen de ese sistema capitalista.

#### **4.12. Leyes que consagran el secreto bancario en Guatemala**

El hermetismo del secreto bancario a llevado a ocultar o a beneficiar las operaciones ilícitas de los usuarios, incluso en connivencia con el banquero y por ello se habla de un secreto bancario en crisis, porque en resguardo del interés público este hermetismo ha cedido a la justicia criminal.

El Estado esta obligado las investigaciones a efecto de que no se rasgue el velo del derecho a la intimidad y el derecho de libertad, en una ponderación de valores el social debe de prevalecer el sobre el particular, mas en materia de garantía individual como lo es el secreto bancario esta garantía esta fundamentada en el Artículo 24 de la



Constitución Política de la Republica la interpretación debe de ser amplia y restrictiva en contra de la figura, para discurrir el velo debe de mediar una orden de Juez competente y con las garantías que establece el debido proceso.

No hay que mal interpretar el interés social al cual se ha hecho referencia en materia de justicia criminal en el que indudablemente privan intereses de orden social ni con el régimen económico de carácter social que tiene el estado contenido en la Constitución Política de la Republica, con el resguardo de una garantía individual como lo es la contenida en el Artículo 24 porque aquí lo que se resguarda es el interés individual en tanto que el Artículo 132 son intereses sociales.

Con el secreto bancario estos intereses individuales no se verían afectados por el hecho de atender los programas sociales del estado, pues como vemos en fundamento del Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, se encuentra tanto en un interés individual como en un interés social.

En la legislación nacional aun cuando existen disposiciones especificas y no obstante su desarrollo, el secreto bancario no ha cuajado en cuanto a la determinación de su naturaleza y su profundidad humana como un derecho que pertenece al catálogo de los derechos a la inviolabilidad de la personalidad o derechos a la intimidad, o a la reserva, lo que en otros países se le denomina derecho al aislamiento right of privacy, aun cuando no haya sido elevado a la categoría de derecho fundamental por la Constitución Política, pero si podría encuadrarse dentro del numerus apertus contenido en el segundo párrafo del Artículo 44 de este cuerpo fundamental.

Nuestra sociedad todavía no ha sido lo suficientemente consciente de este importante derecho derivado del derecho fundamental de libertad y no existe una jurisprudencia constitucional que aborde y ahonde su naturaleza filosófica como un derecho de la persona humana.



Partiendo de la preexistencia en el derecho positivo de normas que aseguraban el secreto de las cartas misivas como lo indica el autor Malagarriga, los jueces han esbozado una nueva construcción caracterizada por la supremacía que acuerdan el derecho al secreto frente a los interés concurrentes mientras que, a su vez, las legislaciones han ido extendiendo las normas protectoras del derecho a la reserva.

El fundamento del secreto bancario más que en la ley se encuentra en los usos y costumbres que han guiado la práctica bancaria, desde luego en países como el nuestro donde priva el derecho escrito no podría invocarse dicho fundamento porque no es reconocido como fuente de derecho positivo, pero al positivarlo ha tenido como base ese reconocimiento otorgado por el uso y la costumbre en el trato de las relaciones de banco cliente, que se ha venido manifestado desde épocas pretéritas.

#### **4.13. Función del secreto bancario**

El secreto bancario es una de las garantías más valiosas que tienen los clientes que depositan en las entidades financieras, a título de secreto, parte o toda su intimidad económica. Cabe advertir que dicha información deberá ser manejada por los bancos así como por su entidad gremial, por la prudencia y diligencia que su misma naturaleza requiere, so pena de responder por los perjuicios ocasionales.

Las entidades cuyo objeto lo constituye el manejo y divulgación de información comercial y financiera sobre personas determinadas deben restringir el uso de la información a las finalidades específicamente autorizadas por quien las suministra.

La jurisprudencia por su parte igualmente ha reconocido la bondad y relevancia del secreto bancario, en casos de conflicto insoluble entre ambos, esta sala no vacila en reconocer que la prevalencia del derecho a la intimidad sobre el derecho a la información, es consecuencia necesaria de la consagración de la dignidad humana como principio fundamental y valor esencial, a la vez, del estado social de derecho en que se ha transformado hoy Guatemala



Las personas conservan la facultad de exigir la veracidad de la información que hacen pública y del manejo correcto y honesto de la misma. Este derecho, el de poder exigir el adecuado manejo de la información que el individuo decide exhibir a los otros, es una derivación directa del derecho a la intimidad, que se ha denominado como el derecho a la autodeterminación informativa.

En la jurisprudencia hay una clara posición respecto a la prevalencia del derecho a la intimidad sobre el derecho a la información, observación de gran importancia si se tiene en cuenta que el derecho a la intimidad es fundamento del secreto bancario.

#### **4.14. Derecho comparado**

Visto el contexto de la reserva bancaria en Guatemala y sus características, resulta necesario analizar la consagración del secreto bancario en otros países, a fin de poder hacer un estudio comparado y enriquecer el presente proyecto.

##### **4.14.1. Chile**

Antecedentes. Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques número 7498 de 1943, en la cual se establece la reserva bancaria sobre el movimiento de la cuenta corriente y sus saldos.<sup>35</sup>

Reforma a la Ley General de Bancos, Ley número 18576, artículo 20, en ella se ratifica lo establecido en la Ley número 7498, pero además amplía la reserva a las demás operaciones.

Naturaleza; el secreto bancario es considerado como un secreto profesional derivado de la actividad profesional de la banca.

---

<sup>35</sup> Op. cit., Villegas, Carlos Gilberto. p. 183.



Carlos Villegas expone lo siguiente: en cuanto a las excepciones a la obligación de reserva, sólo se han exceptuado los requerimientos que formulen la Justicia ordinaria o militar, en las causas en que conocen con la particularidad de que se exige taxativamente que se trate de antecedentes que tengan relación directa con las causas y que las personas que hayan intervenido en esas operaciones sean parte interesada en esos procesos.<sup>36</sup>

No se prevé excepción para organismos Fiscales ni Administrativos y los Bancos en todo caso deben dar información global y no personalizada para fines estadísticos o de información, cuando medie un interés general, previa calificación de la superintendencia bancaria.<sup>37</sup>

Alcance; la legislación Chilena le reconoce un margen de protección importante a la información entregada confiada a las entidades financieras, la cual está supervisada por un órgano de control. Por otra parte, es importante comentar que las disposiciones legales cobijan tanto al Banco Central de la República individualmente considerado como a su personal<sup>38</sup>.

De igual forma, está establecido que las cifras de los balances de los bancos sometidos a control del Banco Central de la República, sólo pueden ser conocidos en forma estadística o global por rubros, con algunas excepciones en materia de cartera vencida.<sup>39</sup>

En esta legislación se puede observar la búsqueda de un punto medio en cuanto a la información que puede ser publicada y la que está sujeta a reserva en pro de la protección de la información que se entrega a las entidades financieras. A comparación con la legislación Chilena, la Argentina presenta una reserva bancaria más restringida.

---

<sup>36</sup> Op. cit., Villegas, Carlos Gilberto. p. 184.

<sup>37</sup> Ibid. p. 184.

<sup>38</sup> Ibid. p. 74.



#### 4.14.2. Argentina

Antecedentes. Ley 18.061 de 1969, modificada por la Ley número 23.271 de 1985.

Naturaleza; el Secreto Bancario es reconocido como Secreto Profesional derivado de la actividad profesional de la Banca, en cuanto a las excepciones, Alfonso de la Espriella Ossio expone:

- a) Los jueces en causas judiciales con los recaudos establecidos por las leyes respectivas.
- b) El Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus funciones;
- c) Los organismos recaudadores de impuestos nacionales, provinciales o municipales, con base en las siguientes condiciones:
  - Debe referirse a un responsable determinado
  - debe encontrarse en curso una verificación impositiva con respecto a ese responsable, y
  - Haber sido requerido formal y previamente
- d) Las entidades entre sí, conforme a las normas que se dicten.<sup>40</sup>

#### 4.14.3. Uruguay

Antecedentes. Ley 15.322 del 14 de septiembre de 1982.

Naturaleza; el Artículo 25 de la Ley 15.322 reconoce la naturaleza profesional al secreto bancario.

Los bancos y entidades comprendidas en la ley tienen obligación de guardar silencio sobre todas las informaciones confidenciales que tengan de sus clientes y sobre las operaciones pasivas de fondos o valores en cuentas corrientes, depósitos o cualquier otro concepto.

---

<sup>39</sup> Ibid. p. 74.

<sup>40</sup> Op. cit., De La Espriella Ossio, Alfonso. p. 74 y 75.



Sólo pueden suministrar información mediante autorización expresa o por escrito del interesado o por resolución fundada de la justicia penal o de la justicia civil si mediare un juicio por alimentos.<sup>41</sup>

La consagración Uruguay de la reserva bancaria a comparación de la Chilena y de la Argentina, es mucho más amplia, dotándola de un carácter más fuerte y definido.

#### **4.14.4. Panamá**

Antecedentes. Decreto 238 de 1970.

Naturaleza; el secreto bancario es considerado como un secreto profesional derivado de la actividad profesional de la banca. El Artículo 65 del citado Decreto establece que el secreto bancario comprende las cuentas de depósito de la clase que sean, los valores en custodia y en caja de seguridad, y los documentos derivados de operaciones de crédito.

Las entidades financieras por su parte, sólo pueden suministrar información si media orden judicial.<sup>42</sup>

En el caso Panameño al igual que en el Uruguayo se aprecia una protección de la información acentuada, ya que se establece como única excepción la orden judicial, a diferencia de países como Argentina que consagran otro tipo de excepciones, lo que lleva a concluir que en Panamá el contenido de la reserva bancaria es más amplio que en otros países.

#### **4.14.5. Suiza**

Antecedentes. Consejo de Ginebra 1713 y Ley Bancaria Suiza, cláusula 74b 1974.

---

<sup>41</sup> Op. cit., Villegas, Carlos Gilberto. p. 187.

<sup>42</sup> Op. cit., Villegas, Carlos Gilberto. p. 188.



Naturaleza; para los Suizos es clara la naturaleza profesional del Secreto Bancario, al respecto Hans Baer comenta: El Secreto Bancario es de hecho, simplemente, otra fase del Secreto Profesional, tal como se conoce en el Derecho romano como *actio iniuriarum*. Todo el concepto está basado en la ley ética del secreto para todas aquellas profesiones en las cuales los hechos y condiciones de una naturaleza personal deben ser revelados por el cliente.

Es obvio que el banquero se halla más o menos en la misma situación que el abogado, el médico o el sacerdote, cada uno de los cuales debe salvaguardar los intereses personales de su cliente. Buena parte de la confianza que un cliente pueda depositar en el banquero se basa en el conocimiento de que los hechos explicados al banquero en relación con su negocio o sus finanzas serán estrictamente confidenciales.<sup>43</sup>

Comprende las operaciones de cualquier naturaleza y las informaciones en general, los bancos no revelan ningún tipo de información requerida a sus clientes ya sea que estos se la hayan suministrado o las haya obtenido de los mismos<sup>44</sup>.

De este contenido igualmente hacen parte las cuentas cifradas, las cuales son solamente conocidas por el cliente y algunos pocos funcionarios jerárquicos de la entidad bancaria.

En cuanto a las excepciones, la doctrina comenta: Los bancos Suizos se han resistido a brindar cualquier tipo de información a las autoridades fiscales y cambiarias extranjeras, y solamente lo han hecho ante la investigación por sus propios tribunales en cuestiones penales, especialmente en la lucha contra el crimen organizado. En cuanto a los pedidos por exhortos desde el exterior, han sido sumamente restrictivos, siendo ilustrativa la larga lucha de las autoridades judiciales norteamericanas para

---

<sup>43</sup> BAER, Hans. The Banking System of Switzerland, Zurich, Citado por FAITH, Nicholas. El Misterioso Mundo de la Banca Suiza. Ed. Planeta, 1982. p. 81.

<sup>44</sup> Op. cit., Villegas, Carlos Gilberto. p. 186.



penetrar ese secreto, habiendo logrado sólo en casos excepcionales la colaboración de las autoridades judiciales suizas para obtener información de los bancos.

En este orden de ideas la reserva bancaria Suiza tiene prácticamente una protección absoluta, característica que marca la diferencia con respecto a las legislaciones vistas con anterioridad, con algunas dista un poco más, pero sin embargo su rigidez la distingue.

Una de las razones que puede explicar este hermetismo es la importancia económica que ofrece el secreto bancario a la Banca Suiza. Maurice Aubert, Jean Philippe Kernen y Herbert Schönle en su libro titulado El secreto bancario Suizo, afirman que sería absurdo pretender que el secreto bancario no desempeñara papel alguno en la atracción ejercida por los bancos Suizos<sup>45</sup>.

Sin embargo consideran que esa atracción cumple un papel secundario, frente a las razones que ellos consideran principales, expuestas así; Suiza tiene la suerte de conocer, a pesar de los conflictos que han conmovido Europa, una estabilidad política y económica excepcional. Su política en el campo de circulación de capitales es tradicionalmente muy liberal. El franco suizo es relativamente sólido en relación con otras monedas.

La estabilidad de las instituciones en el plano político y monetario, así como una actitud liberal en materia de circulación de capitales son ya serias razones para acogerse a los bancos suizos para el depósito de fondos y la realización de operaciones financieras internacionales.

A esto se añade un sistema bancario cuya solidez está admitida y que está compuesto de bancos que no se limitan a ejecutar sólo ciertas operaciones bancarias en el marco de una especialización. Finalmente no olvidemos que Suiza acuerda

---

<sup>45</sup> Aubert, Maurice; Kernen, Jean Philippe y Schönle, Herbert. El Secreto Bancario Suizo. Editorial de Derecho Financiero. Ginebra, 1976. p. 506.



ventajas fiscales (que tienden ciertamente a disminuir) a los extranjeros que no ejerzan actividad lucrativa en el país.<sup>46</sup>

De acuerdo a lo expuesto en la legislación de cada país, la reserva bancaria guatemalteca se presenta con una visión equilibrada entre la información susceptible de ser suministrada y la que tiene el carácter de reserva.

Es decir, se ofrece una protección a la información confiada a la entidad, pero dicha protección no es absoluta, ya que no puede estar por encima del interés público y general.

En este orden de ideas, existe identificación del régimen guatemalteco con el Argentino y en una menor medida con el Chileno.

Con Uruguay y Panamá no existe gran afinidad, y definitivamente con Suiza hay una gran distancia.

#### **4.15. El secreto bancario en el proceso penal**

##### **4.15.1. Aspectos generales.**

En esencia el delito es un acto humano que se traduce en una acción en el que, en su amplio sentido consiste en la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado<sup>47</sup>, conducta que puede traducirse en una conducta positiva, en cuyo caso será una conducta por omisión cuando la ley exige el deber de proceder en determinada forma.

La acción humana tanto en su aspecto positivo de hacer como en el de omitir para que llegue a constituir una figura delictiva ha de estar en contra de lo ordenado por

---

<sup>46</sup> Ibid. p. 505 y 506.

<sup>47</sup> Arturo Martínez Gálvez, El Secreto Bancario en la Nueva Ley de Grupos Financieros, Ed. vile Pág. 106,107



una norma penal que prohíbe u ordena su ejecución, ha de ser esta una conducta antijurídica.

Esta antijuridicidad se encuentra descrita en los tipos legales y constituye una condición necesaria para la existencia de un delito, de ahí el principio general del derecho penal nullum crimen sine lege, un hecho es constitutivo de delito si esta tipificado en la ley penal como antijurídico salvo que concurran causas excluyentes de la antijuridicidad como ocurre con las causas de justificación.

El autor Cuello Calón señala que la adecuación del hecho al tipo legal o sea la tipicidad, es el modo de exteriorización o manifestación de su antijuridicidad, la tipicidad es el indicio más importante de la antijuridicidad.

Cuando la ley declara punible un hecho sólo establece una presunción de antijuridicidad contra la que puede existir la prueba en contrario de la concurrencia de una causa de justificación.

No obstante que el hecho sea un acto típicamente antijurídico, es necesario que tal acto sea, además un acto culpable como una actitud subjetiva reprochable al agente productor del hecho ilícito es la relación psicológica del autor con su hecho, ya sea en forma de culpa, ya sea una actitud dolosa, salvo que en la comisión del hecho haya intervenido alguna causa de inimputabilidad o de exclusión de culpabilidad que haga desaparecer la conducta delictiva.

La punibilidad como uno de los elementos constitutivos del delito, este elemento es de vital importancia por cuanto que es posible que una acción pueda ser calificada de antijurídica y culpable y sin embargo no merecer el calificativo de delictuosa; si bien la punibilidad como elemento que concurre a la formación del delito se da en raros casos, podría decirse que basta que exista una acción típicamente antijurídica y culpable para que produzca un hecho delictuoso, ya que el concepto de punibilidad se



encuentra dentro de la propia tipicidad, por lo que aquel viene a hacer un elemento que se encuentra insito en éste.

Una acción puede ser antijurídica y culpable y sin embargo no ser delictuosa, podrá, v.gr. constituirse una infracción de carácter civil o administrativo, mas para que constituya un hecho delictuoso, un delito, es preciso que su ejecución se haya conminada por la ley con una pena que sea punible.

El código penal no define lo que es el delito, únicamente se limita a regular lo que es delito doloso, culposo y el consumado, y en su Artículo 1 consagra el principio de que nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delitos o faltas, por la ley anterior a su perpetración; ni se le impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley.

El secreto bancario si bien es cierto tiene un significado de protección de un derecho individual fundamental y también goza de una protección social en cuanto que a la sociedad y al Estado mismo le interesa que los asuntos relativos al ahorro, la inversión y el capitales fortalezcan a través de dicha protección ello no quiere decir que la protección sea de tal naturaleza que quiebre con la salvaguarda de derechos que son fundamentales para la convivencia social, de manera que todos los miembros de la sociedad gocen de la seguridad que el Estado debe brindar como un deber que le impone la Constitución Política, conforme el mandato establecido en el Artículo 2.

La rigurosidad del secreto bancario dice el autor Malagarriga, no podría sin duda llevarse a límites tales que impidieran el ejercicio de la actividad jurisdiccional en casos en que el interés público, en su mas amplia acepción esté comprometido; tal el caso de la represión delictual la que por constituir uno de los pilares básicos de la convivencia humana, no debería ser pospuesta a los intereses privados.



El autor Alberto Crespi considera que el secreto bancario es tutelable en todos los casos, con excepción aquellos en los que haya comprometido un interés público prevalente.

El autor Guisepe Veloti recuerda que es precisamente la justicia penal la que hace ceder el secreto bancario en su doble aspecto de derecho y deber, el que encuentra su límite, inderogable y absoluto, frente a la justicia penal, a cuyos intereses, de carácter eminente público o privado siempre que una expresa disposición de la ley no disponga diversamente, por lo que el banquero no puede en ningún caso prevalerse del secreto bancario para negarse a deponer ante el tribunal que conoce la causa como tampoco la información requerida.

En los asuntos penales están en juego los más altos intereses de la justicia en los que no se puede invocar un derecho individual fundamental, pues sería tanto como negar el interés superior como lo es el social, de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del Artículo 44 de la Constitución Política de la República.

#### **4.16. Aspecto del proceso penal.**

Conforme el Artículo 223 del Código Penal, preceptúa 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 con ello ocasionare o pudiere ocasionar perjuicio, será sancionado con prisión de seis meses a dos años o multa de cien a un mil quetzales.

La sola revelación o el empleo en provecho propio o ajeno del secreto no configuran el delito, sino, además, debe ocasionar o pudiere ocasionar un perjuicio la revelación.

El inciso t) del Artículo 3 de la Ley de Supervisión financiera, en cuestiones de carácter penal, establece que la Superintendencia de Bancos debe denunciar ante la autoridad competente, los hechos que pueden tener carácter delictuoso, acerca de los



cuales tenga conocimiento por razón de sus actividades, por lo que queda autorizada para proporcionar información que identifique a depositantes o inversionistas cuando sea requerida judicialmente.

#### **4.17. La obligación de prestar declaración testimonial**

El Artículo 207 del Código Procesal Penal establece que todo habitante del país o persona que se halle en él tendrá el deber de concurrir a una citación con el fin de prestar declaración testimonial, lo que implica exponer la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado sobre el objeto de la investigación y el de no ocultar los hechos, circunstancias o elementos sobre el contenido de la misma.

Mas sin embargo el Artículo 212 del mismo cuerpo legal preceptúa ciertas excepciones que le relevan de la obligación de declarar a ciertas personas, dentro de las que se encuentran aquellos que conozcan el hecho por datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencialidad legalmente prescrita.

La prohibición de revelar la identidad de los depositantes y las informaciones proporcionadas por los particulares, contenida en el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, se encuadra dentro de la excepción precitada en el inciso 3) del Artículo 212 del Código Procesal Penal, en lo que se refiere a los directores, gerentes, representantes legales, funcionarios y empleados de bancos.

En el Artículo 214 del Código Procesal Penal, si el tribunal estimara que el testigo invoca erróneamente la facultad de abstenerse o la reserva del secreto, ordenará su declaración, lo cual fundamentará el juez en su resolución respectiva.

El autor Arturo Martínez Gálvez, considera que en el caso del secreto bancario no es una facultad que tiene el funcionario o empleado de declarar sino es un deber de abstención que se fundamenta en un precepto legal, por lo que el Juez no podría <sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Arturo Martínez Gálvez, El Secreto Bancario en la Nueva Ley de Grupos Financieros, editorial vile Pág. 115.



conminar al testigo a declarar so pena de incurrir en responsabilidad, la abstención de declarar es un deber que se le impone a los mencionados, contenida en una ley ordinaria, de manera que no es un derecho al cual si lo desean pueden renunciar, sino es un deber de abstención frente a terceros, vale tanto más frente al Ministerio Público quien no tiene la calidad de Juez de causa.

El inciso 3 del Artículo 212 releva de la obligación de declarar al director, gerente, representante legal, funcionario y empleado del banco sobre la identidad de los depositantes o que tiendan a revelar dicha entidad y las informaciones proporcionadas por los particulares que por ministerio de la ley quedan cobijadas por el secreto bancario, de manera que entre el inciso 3) del precepto 212 y el artículo 223 existe una anatomía jurídica que debe resolverse con la prevalencia del derecho sustantivo, esto es, del Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros.

El autor argentino Sebastián Soler, opina que es mas adecuada a los principios de la ley de Argentina la doctrina enseñada por los criminalistas franceses, según los cuales en tesis general, la intervención de la justicia no modifica en absoluto las obligaciones de las personas a las cuales se confían secretos en razón de su estado o de su profesión y ellos deben abstenerse, cuando son citados como testigos, de responder a las interpelaciones que les son dirigidas, limitándose a declarar el título que les impone el silencio.

#### **4.18. Delito de revelación del secreto bancario o profesional**

La figura delictiva contenida en el Artículo 223 del Código penal, la cual puede darse si el banquero revela los asuntos comunicados por sus clientes o usuarios, reza el precepto: quien, sin justa causa, revelare o empleare en provecho propio o ajeno, un secreto del que se ha enterado por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, si con ello ocasionare o pudiere ocasionar perjuicio, será sancionado con prisión de seis meses a dos años o multa de cien, a un mil quetzales.



El sujeto activo del delito es aquél que ejerza un oficio, empleo, profesión o arte o por razón de su estado, llegare a enterarse de una comunicación que de otro modo no lo hubiera conocido.

Entre el dador y receptor de la comunicación o de la información debe haber una relación tal que bajo otras circunstancias no hubiera llegado a su conocimiento lo comunicado, pero no es necesario que se le haya hecho una comunicación directa, basta que de acuerdo con la actividad que se dedica el agente hubiera llegado a su conocimiento para que esté obligado a no revelar o emplear en provecho propio o ajeno lo conocido.

El autor Sebastián Soler manifiesta, que la revelación del secreto profesional integra el grupo de revelaciones de secretos cuya delictuosidad está integrada no ya por la adquisición del conocimiento, que puede venir por diferentes medios, sino por la comunicación o divulgación del secreto que se tiene, en la legislación nacional el delito se comete con la revelación o el empleo en provecho propio o ajeno, pero se requiere, además, que se ocasione un perjuicio o que pudiera ocasionarse y no simplemente porque se haya adquirido el conocimiento.

No se tipifica la conducta delictiva si el sujeto activo ha tenido una justa causa para revelar o emplear en provecho propio o ajeno lo comunicado, ¿Qué se entiende por justa causa? Se considera que no es posible emitir una respuesta a priori, válida para todos los casos.

El autor Irueta Goyena redactor del Código Penal Uruguayo, que también emplea la excepción justa causa, no se ha puesto de acuerdo, considerando que no es posible dictar pautas generales para determinar la existencia de la justa causa, por lo que es el caso concreto lo que debe servir de orientador tomando en cuenta las circunstancias propias de cada caso con relación al secreto profesional.



La justa causa es el elemento que exonera de responsabilidad al agente en el dilema de la preservación del secreto y la necesidad de su revelación en causas penales.

Para el caso del banquero la no existencia de justa causa en materia de revelación de la identidad del depositante o la información proporcionada por los particulares, está dada por el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, en virtud de que el deber de silencio impuesto por la norma sólo tiene excepciones que el mismo precepto señala y otras contempladas en la misma ley, es decir que siempre habrá una justa causa de no revelar en virtud del deber de silencio impuesto por la norma, salvo cuando en la causa penal estén involucrados los bancos o los clientes en cuyo caso tampoco ese daría el delito.

El autor Arturo Martínez Gálvez, considera que el banquero no tiene justa causa para revelar la identidad de los particulares, por lo tanto la revelación le acarreará una sanción de privación de libertad y pecuniaria.

Para que el delito se de se requiere que se ocasione o pudiera ocasionarse perjuicio, no basta, pues, la solo revelación de lo comunicado o que se emplee en provecho propio o ajeno para que se configure el mismo.

El autor citado considera que el secreto bancario queda ampliamente protegido en el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros en su primer párrafo por cuanto que el precepto expresamente se refiere a los depósitos y a las informaciones, concepto este amplísimo que abarca tanto las del lado pasivo como activo, aunque hace énfasis en el deposito, en materia bancaria el secreto desde el punto de vista penal queda ampliamente configurado gracias a la prohibición en dicho precepto. El último párrafo del artículo citado establece una calificación sancionatoria, en el sentido de que la infracción a lo previsto en este 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, remoción que se refiere no sólo a los



directores, gerentes, representantes legales, funcionarios o empleados de los bancos sino también en su caso, a los miembros de la Junta Monetaria y las autoridades, funcionarios y empleados del Banco de Guatemala y de la Superintendencia de Bancos, pues el precepto no hace ningún distinto entre unos y otros.

No está en la limitación de la prohibición de revelar la identidad de los depositantes o la información proporcionada por los particulares, la información que los bancos deban proporcionar a la Junta Monetaria, al Banco y a la Superintendencia de Bancos, esto quiere decir que a estas entidades no alcanza la prohibición, porque no reciben información sobre la identidad de los depositantes y tampoco informaciones de los particulares sino son las informaciones que los bancos deban proporcionar en razón de una disposición legal, pero estas informaciones quedan protegidas por el secreto y solo podrán ser reveladas por orden de Juez competente es decir que queda a salvo la identidad de los depositantes y la información de los particulares, si por razón de cargo las autoridades funcionarios y empleados de las entidades mencionadas, llegaren a su conocimiento por cualquier medio la identidad de un depositante o la información proporcionada por los particulares y revelaren dichos datos, incurrirían en el delito de revelación de secretos y por tanto pasibles de una sanción de privación de libertad y pecuniaria siempre que hubiere perjuicio.

El autor Martínez Gálvez considera que cuando la ley se refiere a que las informaciones recibidas de los bancos, pueden, únicamente, ser reveladas por orden de juez competente, considera que los receptores de dicha orden deben analizar y establecer si la orden a sido dinaminada en razón de un proceso previamente iniciado y determinar si con base a dicho encausamiento el juez que dicta la orden es competente, porque de otro modo se correría el riesgo de caer en responsabilidad civil y penal, los informes que deben rendir los sujetos que la ley establece, deben ser los que dimanen de la función que ejercen, no datos o informes que corresponden a instituciones bancarias, porque esto los haría incurrir en responsabilidad, ya que dichos informes podrían ser interpretados como tendientes a revelar la identidad de los depositantes o



las informaciones proporcionados por los particulares, en este caso el destinatario del oficio judicial no tendría justa causa para exonerarse de su responsabilidad.

Como lo indica el autor citado, la disposición contenida en el Artículo 63 de la norma citada esta disposición es de naturaleza pública y del tipo de las prohibitivas, la orden expedida por el juez que no se ajuste a dicho precepto legal, no debe acatarse, con base en el mismo precepto y del Artículo 156 de la Constitución Política que establece el principio de que ningún funcionario o empleado público, civil o militar, esta obligado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que impliquen la comisión de un delito, quiere decir que si a juicio del requerido, sea de la Junta Monetaria, del Banco de Guatemala y de la Superintendencia de Bancos la orden no está con arreglo a la ley, puede no cumplirla si la misma resulta manifiestamente ilegal o que entrañe la comisión del delito revelación de secreto. La imperatividad de la norma y su carácter prohibitivo impone al destinatario un examen riguroso de la orden del juez, a la luz de los deberes que tiene en cumplimiento del secreto bancario.

#### **4.19. Intervención del Ministerio Público**

La ley Orgánica del Ministerio Público en su Artículo 6, establece que esta institución podrá pedir la colaboración de cualquier funcionario y autoridad administrativa de los diferentes dependencias del Estado y de sus entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas, para el cumplimiento de sus funciones estando éstos obligados a prestarles sin demora y a proporcionar los documentos e informes que les sean requeridos.

En el Artículo 6, de la norma citada hay que interpretarla desde el punto de vista del secreto bancario, esta disposición es genérica y apunta al cumplimiento de los fines del Ministerio Público, como la entidad que promueve la persecución penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública, con apego al principio de legalidad como lo enuncia el Artículo 1 de su ley orgánica. La Ley de Bancos y Grupos Financieros en su Artículo 63 consagra la garantía individual de libertad y seguridad con relación a la



identidad de los depositantes y de las informaciones proporcionadas por los particulares a los bancos, el secreto bancario sólo es posible develarlo cuando se encuentran incursos en proceso el cliente del banco, el banco mismo o ambos, no así cuando se trate de un tercero, por lo tanto el Ministerio Público en la investigación criminal solo puede requerir documentos o informes que no tengan relación con lo disciplinado en el Artículo 63 citado.

Si un juez vedado por ley rasgar el velo del secreto, con mayor razón lo tiene el Ministerio Público, pues éste sólo es un auxiliar de los tribunales de justicia y no ejerce, por ende, funciones de jurisdicción, en materia de secreto bancario la competencia de los tribunales está claramente determinada y es por tanto excluyente de cualquier otra autoridad que ejerza poder público.

El secreto bancario debe ser mantenido aún frente a la justicia pena y sólo cabe su revelación en delitos en los que se encuentren directamente comprometidas las partes de la relación jurídica sustantiva del sigilo bancario.

#### **4.20. La Prevención del lavado de dinero como límite al secreto bancario**

Las manifestaciones delictivas en el transcurso de los tiempos se han adaptado a los distintos cambios, avances y herramientas que caracterizan cada época.

Los medios masivos de transporte, los medios de comunicación y la tecnología propios del modernismo han llevado a la proliferación de los delitos transnacionales y entre estos al delito del lavado de activos, entendido como el proceso de ocultamiento de dineros de origen ilegal en moneda nacional o extranjera y los subsiguientes actos de simulación respecto de su origen, para hacerlos aparecer como legítimos.

Este tipo de modalidades delictivas por constituir un riesgo para la seguridad de los Estados y su innegable proliferación, despertaron el interés de diversos países lo que llevó a la realización de distintas reuniones a nivel internacional.



En el año 1988 se llevó a cabo la Convención de Viena, luego estuvo la Comisión de Basilea (1988), el Grupo de Trabajo de la Acción Financiera del G-7 (1989), en 1991 la Comisión de la Comunidad Europea y para el año 1992 la Organización de Estados Americanos con la Comisión Interamericana contra el Abuso de las Drogas (CICAD).

En estas reuniones se fijaron principios internacionales de prevención del lavado de activos y se dieron recomendaciones específicas a los diversos países y entidades financieras, todas ellas susceptibles de ser acogidas por las distintas legislaciones.

Al respecto de estas convenciones, es importante mencionar la principal recomendación que se dio a las entidades financieras, la cual es la de la aplicación del principio de conozca a su cliente, catalogada como la mejor herramienta de prevención del lavado de activos.

Guatemala por su parte, a impulsado la política conozca a su cliente este principio es la piedra angular en todo el sistema de prevención de lavado de dinero u otros activos.

Consiste en una política estricta que le permite a la entidad financiera identificar al cliente, definir su perfil, a través de conocer entre otros aspectos, en donde reside, a que actividad económica se dedica, la magnitud y características básicas de sus transacciones, su patrimonio estimado, etc.

Por esta razón la Superintendencia de Bancos, a través de la Intendencia de Verificación Especial, procedió a diseñar formularios acordes a las necesidades de cada uno de los sectores de las personas obligadas que establece la Ley.

En cumplimiento de la Ley Contra el lavado de Dinero u Otros Activos y su Reglamento, la Superintendencia de Bancos a través de la Intendencia de Verificación Especial elaboró una serie de formularios para el registro, conocimiento de operaciones



y control de las personas obligadas y sus clientes, dentro de los que podemos mencionar:

- a) Inicio de relaciones -Persona y Empresa Individual,
- b) Inicio de relaciones -Persona Jurídica,
- c) Registro de transacciones en efectivo superiores a US\$10,000 o su equivalente en moneda nacional.

Dichos formularios han sido creados entre otros, con el objetivo de fortalecer las políticas nacionales contra el lavado de dinero u otros activos y de prevenir que el sistema financiero guatemalteco sea utilizado para esta actividad ilícita.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta especialmente la obligación de colaborar con las autoridades, de efectuar reportes consolidados a la Superintendencia de Bancos y de detección y reporte de las operaciones sospechosas a la Autoridad Competente, es claro que la prevención del lavado de activos es un límite a la reserva bancaria.

Esta determinación es necesaria si se quiere prevenir y luchar contra un flagelo como el blanqueo de capitales, en casos como este, la reserva bancaria no puede ser un obstáculo en una lucha que pretende guardar el orden público y el interés general, y en donde por las mismas características del delito se requiere un alto grado de cooperación a nivel nacional e internacional.



## CONCLUSIONES

1. Nuestro ordenamiento jurídico contra el lavado de dinero identifica plenamente a los sujetos obligados, establece las prácticas y procedimientos que promueven la existencia de adecuados niveles éticos y profesionales en el sector financiero para prevenir el uso del mismo para fines criminales, pero son insuficientes, se estima que la cantidad de lavado de dinero supera el 10 % del producto interno bruto.
2. La ley Contra el Lavado de Dinero, Decreto número 67-2001 del congreso de la República, es una ley especial que en realidad no ha respondido a las necesidades del país, siendo una limitante el bajo recurso que el Estado, asigna muestra de ello es que la Fiscalía de Delitos de Lavado de Dinero cuenta con solo tres agencias fiscales conformadas por un agente fiscal, dos auxiliares fiscales, un oficial.
3. El principio del secreto bancario tal como aparece consagrado por la costumbre y la doctrina, constituye el objetivo principal de esta investigación, el cumplimiento del mandato constitucional que obliga al Estado a proteger la formación de capital, no debería ser justificación para que el Banco de Guatemala realice una verdadera supervisión financiera a las instituciones bancarias que operan en el país.
4. Que el secreto bancario no sea una herramienta para los ejecutivos de las instituciones financieras para ocultar la mala administración de los recursos del cuenta habiente, lo que provoca un efecto de fuga de capitales y desequilibrio en la economía e iliquidez financiera, demostrando con esto la falta de voluntad política de los gobiernos de turno por crear medidas coherentes y eficaces para enfrentar este flagelo.
5. En nuestra la legislación, el secreto bancario se presenta con una visión equilibrada entre la información susceptible de ser suministrada y la que tiene el carácter de reserva, es decir se ofrece una protección a la información confiada a la



entidad, pero dicha protección no es absoluta, ya que no puede estar por encima del interés público y general.



## RECOMENDACIONES

1. La delincuencia organizada ha venido utilizando en forma creciente al sector financiero como un medio para realizar operaciones de legitimación de capitales y bienes económicos provenientes de actividades ilícitas, afectando la legitimidad y credibilidad del referido sector, tanto en el plano nacional como en el internacional. Para enfrentar a este delito con posibilidades de éxito y preservar la integridad del sistema financiero, es menester que el referido delito sea considerado por la comunidad internacional como un problema global que requiere de la más amplia cooperación internacional.

2. Las diferencias en los niveles de grados de desarrollo económico y de avance institucional entre los países de nuestra región, crea una gran heterogeneidad en las regulaciones y la calidad de la supervisión de las autoridades sobre los sistemas financieros nacionales. Por tanto, se abren las posibilidades para que la delincuencia organizada opere en aquellos países más vulnerables, dadas las falencias de sus ordenamientos jurídicos y su operatividad institucional. En tal sentido, la Superintendencia de Bancos debe colaborar activamente para elevar la calidad de sus instituciones y que estén en consonancia con los estándares existentes a nivel internacional, con miras a ir construyendo un sistema regional contra el lavado de dinero más homogéneo y seguro que ejerza un efecto disuasivo para los delincuentes financieros.

3. El indicador de efectividad entre los sistemas nacionales contra el lavado de dinero y el ordenamiento jurídico para juzgar y sancionar ese delito, puede y debe ser mejorado por funcionarios policiales y fiscales del Ministerio Público, a través de la realización de programas de capacitación y entrenamiento sobre esta materia, para los funcionarios dedicados a la sustanciación de los expedientes.

4. Son ampliamente conocidas las repercusiones que el delito de lavado de dinero tiene para la sociedad, ellas afectan aspectos de singular importancia para los



países como son la economía, la seguridad interna, la integridad territorial, la preservación de los valores y principios éticos del tejido social y los derechos humanos. A menudo, esta actividad delictiva está asociada con el aumento de la delincuencia y la corrupción y la existencia de conflictos sociales y políticos. Por tales razones el Estado de Guatemala debe crear en su estructura organizacional interna una dependencia que estudie el fenómeno del lavado de dinero desde todas sus vertientes e implicaciones, a objeto de ofrecerle a nuestro país la mejor asesoría posible para ayudar tanto a fortalecer sus estructuras jurídico institucionales de lucha contra el delito de lavado de dinero, como a la concienciación de la sociedad civil sobre la necesidad de protegerse a sí misma contra este delito. La referida dependencia que se cree debe contar con recursos de cooperación técnica que permitan el diseño y desarrollo de programas específicos a las necesidades del país.

5. De la información obtenida con relación al constante crecimiento del número de reportes de actividades sospechosas que envía la intendencia de verificación especial a la fiscalía de lavado de dinero de Guatemala, demuestra el aumento de actividades sospechosas de la problemática del lavado de dinero, sin embargo no refleja la verdadera realidad; por lo cual es necesario que la intendencia de verificación especial se mas objetiva y envié a la fiscalía informes de las actividades sospechosas para su investigación respectiva.



## BIBLIOGRAFÍA

AUBERT, MAURICE; KERNEN, JEAN PHILIPPE Y SCHÖNLE, HERBERT. **El secreto bancario suizo**. Ed. derecho financiero. Ginebra, 1976.

BENEDETTI VILLANEDA, Ángela María. **La reserva bancaria en Colombia**, tesis de grado de la universidad Sergio Arboleda Facultad de Derecho Bogotá, d.c.-2000.

BUENO RINCÓN, Fabio Enrique. **El secreto Bancario**. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Colombia, 1993.

CARZOLA PRIETO, Luis María. **El secreto bancario. Instituto de estudios fiscales**. Ministerio de Hacienda de España, 1978.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta, S. R. L. 1976.

DÁVALOS MEJIA, Carlos Felipe. **Derecho bancario y contratos de crédito**, colección textos jurídicos universitarios, ed. Harla, México, 1992.

FAITH, Nicholas. **El misterioso mundo de la banca suiza**. Ed. Planeta, 1982.

GARRIGUES, Joaquín. **El secreto bancario**. Ed. Pierrot, Buenos aires, 1968.

HERNÁNDEZ, Hernando. **El lavado de activos**. ed jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 1997.

HERNÁNDEZ, Octavio. **Derecho bancario mexicano**. ed. asociación mexicana de investigaciones administrativas. México, 1956.

<http://usinfo.state.gov/>. (14 de agosto de 2006).

[http://avisoralavadodedinero\\_blanqueodedienro02.ht](http://avisoralavadodedinero_blanqueodedienro02.ht). ( 10 de septiembre de 2006).

<http://wanadoo/misdocumentos/lavadodedinero.03.htm>. (20 de septiembre de 2006).

<http://c:../documentsan/lavadodedinero/01ht>. (10 de octubre de 2006).



<http://www.encarta.org>. (10 de octubre de 2006).

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

MALAGARRIGA, Juan Carlos. **El secreto bancario**. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1976.

MARTÍNEZ NEIRA, Nestor Humberto. **Cátedra de derecho bancario colombiano**. Legis editores S.A. Bogotá, 2000. España, 1978.

MEJÁN, Luis Manuel. **El secreto bancario**. Biblioteca Felaban. 1984.

MARTÍNEZ GÁLVEZ, Arturo. **El secreto bancario en la nueva ley de grupos financieros**. Ed. Guatemala, 2004.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**, Ed. Heliasta, S. R. L. 1981.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho bancario**. Ed. Porrúa. México, 1968.

TOBÓN GÓMEZ, Alfredo. **Introducción al estudio del derecho bancario**. Bogotá, 1985.

VILLAMIZAR GUTIÉRREZ, Hernán. **Evolución del derecho bancario**. Ed. Temis.

VILLAMIZAR MALLARINO, Ernesto. **El derecho al secreto bancario**. Tesis de grado de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1988.

VILLEGAS, Carlos Gilberto. **Manual de derecho bancario**. Ed. Jurídica Ediar-Conosur Ltda. Chile, 1987.

## **Legislación**

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

Ley Contra El Lavado de Dinero U Otros Activos y Su Reglamento. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 67-2001.



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

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

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

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

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