

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Programa de Actualización y Competencias y
Cierre Académico



**Uso de las entidades *Off Shore* como medios para el
lavado de dinero u otros activos**

-Tesis de Licenciatura-

Andrea Paredes Arriola

Sacatepéquez, septiembre 2016

**Uso de las entidades *Off Shore* como medios para el
lavado de dinero u otros activos**

-Tesis de Licenciatura-

Andrea Paredes Arriola

Sacatepéquez, septiembre 2016

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

| | |
|----------------------------|---|
| Rector | M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus |
| Vicerrectora Académica | Dra. Alba Aracely Rodríguez de González |
| Vicerrector Administrativo | M.A. Cesar Augusto Custodio Cóbar |
| Secretario General | EMBA. Adolfo Noguera Bosque |

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

| | |
|------------------------------|--------------------------------------|
| Decano | M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán |
| Coordinador de Programa ACCA | M. Sc. Mario Jo Chang |
| Coordinador de Postgrados | M. A. José Luis Samayoa Palacios |
| Coordinador de Tesis | Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla |
| Coordinador de Cátedra | M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán |
| Tutor de Tesis | Lic. Eddy Geovanni Miranda |
| Revisor de Metodológico | Lic. Mario Alfredo Salazar Marroquín |

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera Fase

M.Sc. Mario Jo Chang

Lic. Roberto Samayoa

Licda. Maria Victoria Arreaga Maldonado

Nydia Lissette Arévalo Flores

Segunda Fase

Lic. Ricardo Bustamante Mays

M.Sc. Héctor Ricardo Echeverría Mendez

Licda. Jaqueline Paz Vásquez

Lic. Luis Eduardo Lopez Ramos

Tercera Fase

Licda. Mildred Nohelia Palacios Robles

Lic. Jorge Egberto Canel García


Lic. Mario Efraín Lopez García

M.Sc. Mario Jo Chang

M.Sc. Mario Jo Chang

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, uno de marzo de dos mil dieciséis.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **USO DE LAS ENTIDADES OFF SHORE COMO MEDIOS PARA EL LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS**, presentado por **ANDREA PAREDES ARRIOLA**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor a la Licenciado **EDDY GEOVANNI MIRANDA MEDINA**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilar
c.c. Archivo

DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **ANDREA PAREDES ARRIOLA**

Título de la tesis: **USO DE LAS ENTIDADES OFF SHORE COMO MEDIOS PARA EL LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS**

El Tutor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 13 de abril de 2016

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

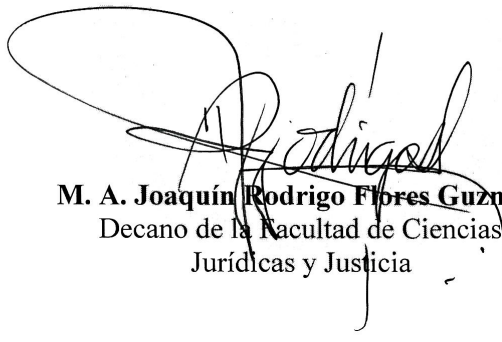


Lic. Eddy Giovanni Miranda Medina
Tutor de Tesis



UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, cuatro de mayo de dos mil dieciséis.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **USO DE LAS ENTIDADES OFF SHORE COMO MEDIOS PARA EL LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS**, presentado por **ANDREA PAREDES ARRIOLA**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico al Licenciado **MARIO SALAZAR MARROQUIN**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.



M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



Sara Aguilar
c.c. Archivo



DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **ANDREA PAREDES ARRIOLA**

Título de la tesis: **USO DE LAS ENTIDADES OFF SHORE COMO MEDIOS PARA EL LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS**

El Revisor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 8 de junio de 2016

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Lic. Mario Alfredo Salazar Marroquín
Revisor Metodológico de Tesis





DICTAMEN DEL COORDINADOR DEL DEPARTAMENTO DE TESIS

Nombre del Estudiante: **ANDREA PAREDES ARRIOLA**

Título de la tesis: **USO DE LAS ENTIDADES OFF SHORE COMO MEDIOS PARA EL LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS**

El Coordinador del departamento de Tesis de Licenciatura,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

Tercero: Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

Cuarto: Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

Por tanto,

En su calidad de Coordinador del departamento de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 11 de agosto de 2016

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla
Coordinador del Departamento de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia





ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **ANDREA PAREDES ARRIOLA**

Título de la tesis: **USO DE LAS ENTIDADES OFF SHORE COMO MEDIOS PARA EL LAVADO DE DINERO U OTROS ACTIVOS**

El Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el (la) estudiante: ha desarrollado el proceso de investigación y redacción de su tesis de licenciatura.

Segundo: Que tengo a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del Coordinador de del Departamento de Tesis, en tales dictámenes consta que el (la) estudiante en mención ha completado satisfactoriamente los requisitos académicos y administrativos vigentes para el desarrollo de la Tesis de Licenciatura.

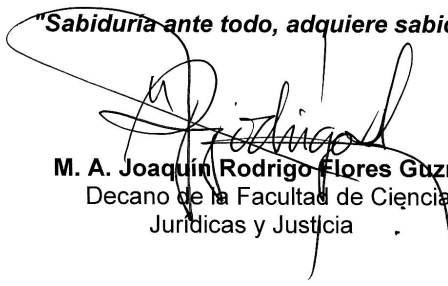
Tercero: Que tengo a la vista el documento, *declaración jurada del estudiante*, donde consta que el (la) estudiante autor de la presente tesis manifiesta, bajo juramento, que ha respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y ha reconocido los créditos correspondientes; así como la aceptación de su responsabilidad como autor del contenido de su Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

Se autoriza la impresión del documento relacionado en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 22 de agosto de 2016

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



En la ciudad de Guatemala el día uno de septiembre del año dos mil dieciséis siendo las trece horas en punto, yo Andrea Grizzel Ordoñez Ramírez, Notario, me encuentro constituida en mi oficina profesional situada en la sexta avenida dieciséis guion veinticuatro de la zona diez, de esta ciudad, a requerimiento de **ANDREA PAREDES ARRIOLA** de treinta y ocho años de edad, casada, ejecutiva, guatemalteca, de este domicilio, quien se identifica con su Documento Personal de Identificación -DPI- con Código Único de identificación -CUI- numero dos mil cuatrocientos sesenta y cuatro noventa y cuatro mil ochocientos setenta y cinco cero trescientos uno (2464 94875 0301) extendido por el registro Nacional de las Personas -RENAP-, de la República de Guatemala. El objeto del requerimiento, es hacer constar su **DECLARACION JURADA** de conformidad con las siguientes clausulas: **PRIMERA:** Manifiesta Andrea Paredes Arriola, bajo solemne juramento de ley y advertida de la pena relativa al delito de perjurio, ser de los datos de identificación personal consignados en la presente y que se encuentra en el libre ejercicio de sus derechos civiles. **SEGUNDA:** Continua manifestando bajo juramento la requirente: i) Ser autora del trabajo de tesis titulado: "Uso de las entidades *Off Shore* como medios para el lavado de dinero u otros activos": ii) haber respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y reconocido los créditos correspondientes; iii) aceptar la responsabilidad como autor del contenido de la presente tesis de licenciatura. No habiendo más que hacer constar por el momento, se da por terminada la presente acta, en el mismo lugar y fecha de su inicio, veinticinco minutos más tarde, la cual queda contenida en una hoja de papel bond, impresa únicamente en su lado anverso la cual previa lectura es aceptada íntegramente por la requirente, quien bien enterada de su contenido, objeto y validez, la acepta, ratifica y firma, junto con la Infrascrita Notario. **DOY FE.**



Andrés Paredes Arriola

Ante mí:

Andrea Grizzel Ordoñez Ramírez
Licenciada
Andrea Grizzel Ordoñez Ramírez
Abogada y Notaria

Nota: Para efectos legales, únicamente la sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

Contenido

| | Página |
|--|--------|
| Resumen | i |
| Palabras clave | i |
| Introducción | ii |
| Uso de las entidades <i>Off Shore</i> como medios para el lavado de dinero u otros activos | 1 |
| La legislación guatemalteca relacionadas con las entidades Off Shore | 19 |
| El secreto bancario | 27 |
| El lavado de dinero | 59 |
| Conclusiones | 74 |
| Referencias | 75 |

Resumen

Las *Off Shores*, son aquellas entidades que son constituidas fuera del país de su residencia, consideradas como paraísos fiscales, ya que la tasa impositiva o el pago de impuestos tiende a ser nula o sumamente baja, lo cual beneficia a quienes quieren negociar o realizar transacciones comerciales. Sin embargo estas entidades son utilizadas en muchas ocasiones con fines ilícitos siendo la más común y frecuente, las transacciones de lavado de dinero. El fin principal del delito de lavado de dinero es encontrar los medios necesarios para ocultar el verdadero origen de los fondos que se han obtenido de forma ilícita. Ya que las entidades *Off Shore*, tienden a ser figuras legales que para su formación requieren de muy pocas formalidades y requisitos, en los últimos años esta figura ha sido utilizada para el manejo de estos fondos ilícitos, mismos que pueden ser trasladados a una entidad financiera teniendo como ventaja el secreto bancario.

Palabras clave: Secreto profesional. Secreto bancario. Off Shore. Lavado de dinero. Legislación.

Introducción

El presente estudio busca abordar el tema relacionado al uso de las entidades *Off Shore* como medios para el lavado de dinero, haciendo un análisis del origen, naturaleza y formas de constitución de una entidad *Off Shore*, logrando así establecer las generalidades de su funcionamiento, así como las diversas formas por medio de las cuales estas entidades, pueden ser utilizadas para la comisión de ilícitos, principalmente el delito de lavado de dinero. Analizando y estudiando la doctrina, la legislación guatemalteca y demás legislaciones que tienen regulada esta figura.

A lo largo del tiempo, las *Off Shore* han sido utilizadas como un medio de corrupción que fortalece la estructura criminal que busca filtrar el activo ilícito dentro de la economía formal. Siendo este mal uso la problemática principal de esta figura legal.

El secreto bancario, al igual que las entidades *Off Shore*, puede ser otro de los medios que favorecen a las personas que realizan dichas actividades ilícitas, ya que de acuerdo a la legislación vigente, el secreto bancario protege las transacciones realizadas ante una entidad

financiera a las cuales se les prohíbe la divulgación de la información personal y financiera de cada uno de sus clientes.

Es de suma importancia tener conocimiento que con las escasas formalidades que se requieren para constituir una *Off Shore*, más la figura del secreto bancario, Guatemala favorece al sistema de corrupción, proveyendo a los delincuentes de más armas para cometer ilícitos. Asegurando a la estructura criminal que las diversas operaciones queden con poco o nulo rastreo para que pueda ser penalizado.

Como parte de un esfuerzo para frenar la estructura que beneficia los canales de corrupción, actualmente en el Congreso de la República de Guatemala se discute un proyecto de ley que analiza la posibilidad de eliminar el secreto bancario. Sin embargo, mientras tanto se tiene que afrontar la problemática del mal uso de una *Off Shore*.

Uso de las entidades *Off Shore* como medios para el lavado de dinero u otros activos

En cuanto a las sociedades financieras *Off Shore* se tiene la siguiente definición: “Son entidades que están controladas por otras sociedades, o personas físicas no residentes en la jurisdicción, que llevan a cabo sus negocios en otras partes del mundo y que utilizan el paraíso fiscal únicamente como domicilio legal de las sociedades.” (Pérez, 2011, pág. 65).

La definición menciona que las sociedades financieras *Off Shore* son controladas o administradas por otras sociedades, ya sean *Off Shore* o Sociedades Anónimas, que realizan negocios en todas partes del mundo pero el domicilio se encuentra en los países considerados como paraísos fiscales. Estos países reciben ese nombre ya que en ellos las cargas fiscales son mínimas y en varias ocasiones nulas.

Los inconvenientes de las sociedades son fundamentalmente medidas de evasión de las jurisdicciones ordinarias, tales como la no deducibilidad de gastos o la aplicación de regímenes de transparencia fiscal internacional, así como las medidas de identificación de los

propietarios reales derivadas de la lucha contra el lavado de dinero y financiación del terrorismo.

Para realizar inversiones fuera de la jurisdicción de residencia, las sociedades pueden utilizar paraísos fiscales con o sin consentimiento, por la interconexión de los mercados financieros y la existencia de numerosas sucursales de bancos operando en dichas jurisdicciones.

Las entidades constituidas como *Off Shore*, se caracterizan por contar con una tasa impositiva sobre ganancias muy baja o en muchas ocasiones nula, cuentan con libertad total de inversión y con productos financieros que no están disponibles en otros mercados; asimismo pueden ser operadas a través de sociedades interpuestas, con el fin de que se dificulte el conocimiento del verdadero beneficiario.

El tipo más importante de sociedades *Off Shore* es el denominado “Compañía Internacional de Negocios, (*International Business Company*), utilizada directamente para la evasión fiscal mediante la utilización de precios de transferencia, a través de operaciones triangulares de incremento de precios”. (Pérez, 2011, pág. 66).

Origen

Las entidades *Off Shore*, tienen orígenes en las ferias medievales, las cuales se podrían calificar de “paraísos fiscales”, ya que al amparo de la “*lex mercatoria*”, tienen lo que hoy se llama “exoneraciones tributarias” y que en dicha época se llama franquicias” (Ugalde, 2014, pág. 3).

Las entidades *Off Shore* nacieron como franquicias que se utilizan para obtener exoneraciones tributarias a lo que se conoce como paraíso fiscal regulado por la ley mercatoria, también conocida como ley del comerciante, la cual se utiliza en Europa.

Originalmente, se usó el término “*Off Shore*” para designar cualquier actividad financiera que realizara el banco fuera del territorio donde fue constituido. (Ugalde, 2014, pág. 3).

La palabra *Off Shore* se utiliza en la actualidad para designar a las entidades que realizan actividades fuera del lugar de la creación, es decir, que se constituye en un país con menor carga tributaria, llevan negocios a cualquier otra parte del mundo, utilizan a los países en

donde está constituida muchas veces únicamente como domicilio legal de la sociedad.

Al final de la Segunda Guerra Mundial, la banca *Off Shore* cobra mayor vigencia, desarrollando con fuerza debido al éxito presentado en el mercado de eurodivisas en los centros financieros internacionales, la búsqueda de mayor competitividad en los mercados internacionales, la consolidación de los denominados “paraísos fiscales”, así como la imposición de regulaciones bancarias de tipo proteccionista. (Ugalde, 2014, pág. 4)

De esta forma la actividad bancaria *Off Shore*, “nació como un mecanismo para maximizar los beneficios de las operaciones bancarias, tanto para los bancos y los grupos financieros en general, como para los clientes. Con este nuevo mecanismo, se lograría buscar las mejores alternativas, para realizar desde el exterior, operaciones bancarias” (Abad, 2013, pág. 40).

Las entidades *Off Shore*, sean bancos, financieras o simples sociedades anónimas, funcionan con éxito desde hace varios años en el país, sin embargo, parece que la existencia pasa desapercibida para la mayoría de guatemaltecos, situación que pasa de la noche a la mañana, como

resultado del colapso que sufrió varias de estas entidades que captan estos recursos del público, hecho ocurrido en 1998.

A partir de ese momento, las entidades *Off Shore* han llamado la atención tanto de las autoridades, como del ciudadano común, a tal grado que en la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, se les impone a las Sociedades *Off shore* la condición que formen parte de un grupo financiero local, así se obliga a presentar informes a la Superintendencia de Bancos, instancia en la que deben registrarse, así como a estar supervisadas en el país en donde se han constituido, estableciendo una relación de información y supervisión mutua entre los organismos fiscalizadores.

Concepto

La palabra *Off Shore* es un Vocablo en inglés que significa: “más allá de la costa marítima o alejado de la costa”. Derivado luego en “fuera de las costas, más allá de las costas, en el extranjero, en otros países, más allá de nuestras fronteras. (Abad, 2013, pág. 7).

El concepto indica que *Off Shore* es la entidad que se encuentra fuera de la costa marítima, es decir que se sitúa en otros países lejos de la frontera donde se utiliza para realizar operaciones.

Las sociedades *Off Shore* “son aquellas entidades dedicadas principalmente a la intermediación financiera, constituidas o registradas bajo leyes de un país extranjero que realizan sus actividades principalmente fuera de dicho país.” (Pérez, 2011, pág. 65).

Uno de los principales factores que origino el surgimiento de las entidades *Off Shore*, fue la posibilidad para los usuarios, realizar operaciones secretas y con mejores tasas de interés, sin carga impositiva ni control cambiario.

Para las entidades *Off Shore* que prestan servicios de intermediación financiera, uno de los beneficios principalmente lo constituye el aspecto fiscal, ya que el país de origen cobra tasas impositivas bajas o bien no las cobra, lo que incrementa la rentabilidad de las operaciones y es atractivo ante la minimización de costos fiscales e infraestructura operativa que buscan las entidades *Off Shore*.

En una entrevista al Dr. Ricardo Nissen sobre la realidad de la *Off Shore* y a qué se refiere cuando se habla de ella, responde: “Hay muchas variantes, pero en un sentido general, las sociedades ‘*Off Shore*’ son aquellas que se constituyen en paraísos fiscales – usualmente islas o lugares exóticos, es decir en países catalogados como tales por su baja o nula tributación. Estas sociedades tienen en su casi generalidad prohibido ejercer la actividad en su país de origen, pero están habilitadas para actuar en el exterior” (Juarez, 2016, pág. 1)

El citado Doctor indicaba que la más común de las *Off Shore* se denomina (IBC) *Internacional Business Company* – Compañía Internacional de Negocios – la cual se encuentra provista de un ambiente ideal para diferentes medios de inversión. Este modelo se utiliza en varios paraísos fiscales en todo el mundo.

Una entidad *Off Shore* es “un intermediario constituido en un determinado país anfitrión (generalmente un paraíso fiscal) o en un centro financiero internacional. En este se realiza de modo preponderante, las transacciones bancarias que se perfeccionan, consumen o surten efectos en el exterior, entre prestamistas y prestatarios extranjeros, con respecto al país de origen del intermediario financiero.” (Abad, 2013, pág. 40). Las entidades *Off*

Shore, son de carácter internacional, comercial y privado, y que las mismas se utilizan en varios países del mundo, algunas veces con fines y formas enmarcadas en ley, pero algunas veces con el fin de cometer ilícitos.

Esta figura también conocida como operaciones *Off Shore*, las cuales son transacciones que realizan instituciones domiciliadas con otras no domiciliadas, y son independientes de su residencia.

Es decir las operaciones *Off Shore* son aquellas que se llevan a cabo por medio de sociedades fuera de su jurisdicción original, las cuales pueden llevarse a cabo entre una sociedad extranjera y una nacional o bien entre dos sociedades extranjeras en territorio extranjero.

La mayor parte de las operaciones *Off Shore*, las realizan bancos e instituciones financieras que poseen un centro de interés económico en un país, y que con el fin de encontrar un mejor rendimiento o bien un menor costo financiero, trasladan parte de sus activos y compromisos financieros a una de estas instituciones.

El fin principal de este tipo de entidades es el obtener un mejor costo o carga financiera, ya que en muchos países en los cuales pueden ser

constituidas, los cuales son conocidos como paraísos fiscales, estas cargas son bajas y muchas veces nulas.

Características

Dentro de las características generales de una entidad *Off Shore*, se pueden mencionar:

- No hay restricción de moneda pero la moneda que más se utiliza es el Dólar de los Estados Unidos de América.
- La presencia de la persona no es requerida para formar la corporación. Se puede llevar a cabo a través de un órgano corporativo integrado por miembros escogidos. Que actúan con las partes interesadas bajo los estatutos, normas y comportamientos regulados por la corporación.
- No es necesario para la actividad de la *Off Shore* llenar informes administrativos regulados por el gobierno, exceptuando el pago anual del impuesto para la correcta permanencia de la corporación.
- No necesita depositar el dinero físicamente o registrar un capital. El capital registrado es una figura teórica que ejemplifica el valor

estimado de la entidad, el cual no tiene que ser depositado materialmente o físicamente.

- No hay una restricción en la nacionalidad. Los Directores y accionistas pueden ser de cualquier nacionalidad y residir en cualquier país.
- Los accionistas serán estrictamente confidenciales y no son inscritos en los registros públicos.
- Los certificados de acciones son emitidos en documentos privados. Los directores de la corporación no necesariamente tienen que ser accionistas. (Juarez, 2016, pág. 1)

Una de las características generales de las entidades *Off shore* es que puede utilizar cualquier tipo de moneda para la creación, sin embargo la moneda estandar es el Dólar de los Estados Unidos de America, ya que es el tipo de moneda que facilita las transacciones por ser utilizada en cualquier parte del mundo.

Otra característica importante es que al momento de la creación de la entidad *Off Shore* no es necesario que se encuentren presentes los accionistas fundadores, se puede realizar esta creación mediante poderes, para que un órgano establecido en el país de creación realice todos los trámites para poder entrar en funcionamiento. Esta es una de

las características que puede afectar a esta figura, ya que no se tiene conocimiento de los accionistas, y los mismos pueden ser personas que han estado o están infringiendo la ley, y no hay conocimiento ni control al respecto.

No es necesario llenar informes a ninguna entidad estatal sobre la creación, ni realizar trámites posteriores, únicamente estar al día con el pago de la anualidad por funcionamiento de la entidad. Los accionistas o creadores de la entidad pueden ser de cualquier nacionalidad no es necesario que sean nacionalizados en el país de la creación de la *Off Shore*, tampoco se encuentran inscritos en ningún registro público, es decir permanecen en el anonimato y la información es estrictamente confidencial.

En la práctica existen características especiales en cada país para la constitución de dichas entidades, en Guatemala generalmente son constituidas en Panamá, Belice o las Islas Virgenes, dentro de estas características se encuentran las siguientes:

Panamá

- Protección a los accionistas bajo el principio de responsabilidad limitada a los aportes a capital.
- Flexibilidad en manejo corporativo.

- Rapidez en el proceso de constitución.
- Personaría jurídica distinta (protección al patrimonio).
- Duración perpetúa (si se desea).
- Anonimato / Confidencialidad.
- El traspaso mortis causa de acciones de una sociedad panameña no causa impuesto de sucesión.
- Una sociedad anónima panameña cuyos únicos ingresos los constituyan dividendos de otras sociedades, o intereses sobre depósitos bancarios, panameños o extranjeros, no está sujeta al impuesto sobre la renta ni al impuesto de dividendos, ni tiene que hacer declaración alguna al respecto.
- Las comunicaciones en Panamá están en el mismo nivel tecnológico que las de cualquiera de las más grandes ciudades de los países industrializados.
- El Dólar de los Estados Unidos de América es el único papel moneda reconocido por disposición constitucional. Además, sobre la circulación del dólar, la paridad, existe un tratado con Estados Unidos que está vigente desde hace más de un siglo.
- No es necesario presentarse a Panamá para constituir una sociedad.

- Disponibilidad de sociedades de carpeta o “shelf companies” que nunca han operado, ni han realizado actividades. Como dichas compañías no han emitido acciones, pueden ser traspasadas fácilmente.
- Una sociedad anónima, puede abrir y mantener una cuenta bancaria y/o una cuenta con una casa de valores.
- Ni bienes ni propiedades ni intereses ni derechos que estén registrados a nombre de una sociedad anónima están expuestos en caso de acciones de acreedores o de otros litigios contra el dueño real de la sociedad o contra accionistas de la sociedad como individuos.
- La persona jurídica de carácter “*Off Shore*” puede hacer todo lo que una persona natural podría hacer, pero no está expuesta a los impuestos del país donde el dueño real y/o los accionistas residen. Como las autoridades de dicho lugar de residencia no pueden conocer la identidad del dueño real o de los accionistas, no puede cobrar impuestos de ninguna clase. Además, como el traspaso de una sociedad o una compañía “*Off Shore*” no ofrece complicaciones para el dueño o los dueños reales, basta con traspasar las acciones “al portador” para evitar todos los problemas de una sucesión ab intestato (intestada) o del trámite judicial de un testamento. Sin embargo, el control de bienes,

propiedades, intereses y/o derechos sigue en todo momento en manos del dueño real de la sociedad mientras lo quiera o hasta la muerte.

- Ninguna sociedad anónima tiene que declarar los activos ante las autoridades tributarias de la jurisdicción “*Off Shore*” donde se ha sido constituido, siempre que no lleve a cabo negocios ni otras actividades comerciales en esa jurisdicción.

En panamá las entidades *Off Shore* tienen la característica que protegen a los accionistas ya que éstos sólo responden de forma limitada al monto del aporte al capital de la entidad *Off shore*, se constituyen rápidamente y pueden tener una duración perpetua.

El traspaso de la acciones por muerte no genera impuesto hereditario y así mismo no está sujeta al impuesto sobre la renta ni impuesto sobre los dividendos, de esta forma se da lo que se denomina paraíso fiscal.

Ningún bien, ni propiedad, ni intereses registrados a nombre de una entidad *Off shore* están expuestos en caso de algún acreedor o de otro litigio contra el dueño real de la sociedad o contra accionistas de la sociedad como personas individuales afectando el patrimonio propio.

Belice

- Rápida y eficiente constitución.
- Se permiten nombres en idiomas extranjeros.
- Solamente un suscriptor y después un accionista (que puede ser una entidad legal) es requerido.
- No existen restricciones con respecto a la nacionalidad y domicilio de los directores, dignatarios y accionista.
- Los Directores pueden ser entidades legales y no necesitan residir en Belice.
- Directores y Dignatarios no necesitan ser Accionistas.
- Estructura flexible de las acciones: acciones nominativas y/o al portador. Ninguna limitación para el capital, que no se requiere que sea pagado al momento de la constitución.
- Opcional el registro de los nombres de los Directores, Dignatarios, Accionistas y Apoderados Especiales.
- Las sesiones de la Junta Directiva y de los Accionistas pueden celebrarse en cualquier país.
- Los Directores y Accionistas pueden estar presente en las sesiones en persona, mediante apoderado, por teléfono o por medio de otros medios electrónicos.

- Las resoluciones de la Junta Directiva y de los Accionistas ratificados por una mayoría son válidas, sin la necesidad de celebrar una sesión.
- Extensión de todos los impuestos locales incluyendo timbres fiscales.
- Tasas de registro y de licencias anuales competitivos.

En Belice también es rápida la constitución y se permite la creación con nombres extranjeros. No existen restricciones con respecto a la nacionalidad y domicilio de los directores, dignatarios y accionista al igual que en Panamá.

Así mismo las acciones presentan la modalidad que pueden ser acciones nominativas y/o al portador, no hay limitación para el capital, ya que no es necesario que sea pagado al momento de la constitución.

Una modalidad de estas entidades es que los Directores y Accionistas no necesariamente pueden estar presentes en las sesiones ya que pueden estar presentes mediante apoderado, también por teléfono o por medio de otros medios electrónicos.

Las entidades están exentas de todos los impuestos locales incluyendo timbres fiscales, las tasas de registro y de licencias anuales son competitivas, es decir bastante económicas.

Islas Vírgenes británicas

- Rápida y eficiente constitución.
- Se permiten nombres en idiomas extranjeros.
- Solamente se requiere un suscriptor y un accionista (que puede ser una persona jurídica).
- No existen restricciones con respecto a la nacionalidad y domicilio de los directores, dignatarios y accionista.
- Mínimo de un director. Los mismos pueden ser entidades legales y no necesitan residir en las Islas Vírgenes.
- Directores y Dignatarios no necesitan ser Accionistas.
- Estructura flexible de las acciones: acciones nominativas y/o al portador (las al portador deben ser inmovilizadas con un custodios autorizado en las Islas Vírgenes).
- Ninguna limitación para el capital, el cual no requiere que sea pagado al momento de la constitución.
- Opcional el registro de los nombres de los Directores, Dignatarios, Accionistas y Apoderados Generales y Especiales.

- Las sesiones de la Junta Directiva y de los Accionistas pueden celebrarse en cualquier país.
- Los Directores y Accionistas pueden estar presente en las sesiones en persona, mediante apoderado, por teléfono o por medio de otros medios electrónicos.
- Resoluciones de la Junta Directiva y de los Accionistas ratificados por una mayoría son válidas, sin la necesidad de celebrar una sesión.
- Exención de todos los impuestos locales incluyendo timbres fiscales.
- Tasas de registro y de licencias anuales competitivos.
- Sin restricciones para establecer sucursales en el exterior. (Juarez, 2016, pág. 2). En las Islas Vírgenes Británicas como en los otros países analizados la constitución es rápida y eficiente, también se permiten nombres en idiomas extranjeros.

En las Islas Vírgenes, no existen restricciones con respecto a la nacionalidad y domicilio de los directores, dignatarios y accionista y no necesitan residir en las Islas Vírgenes.

La estructura flexible de las acciones, son acciones nominativas y/o al portador en este país se da el caso que las acciones al portador deben ser inmovilizadas con un custodio autorizado en dicho país.

Las resoluciones de la Junta Directiva y de los Accionistas ratificados por una mayoría son válidas, sin la necesidad de celebrar una sesión. Esta característica es diferente a las analizadas en los otros países.

La legislación guatemalteca relacionada con las entidades *Off Shore*

En el capítulo se analiza la legislación guatemalteca que tiene relación con las entidades *Off Shore*. Se inicia definiendo el término legislación, a lo cual Guillermo Cabanellas la define como “la ciencia de leyes o bien el conjunto o cuerpo de leyes que integran el derecho positivo vigente en un Estado. La totalidad de las disposiciones legales de un pueblo o de una época determinada.” (1979, pág. 116).

Para el tratadista mencionado, la legislación puede ser dividida de la siguiente manera:

- Por la extensión del contenido, en general cuando abarcan todas las leyes que regulan la vida jurídica, y en especial o particular,

concretada a las disposiciones legales relativas a una rama del derecho.

- En relación al espacio, es universal, supuesta la existencia de un Derecho común de la humanidad civilizada, y nacional, comprensiva de las leyes positivas que regulan el ordenamiento jurídico de un Estado o Nación.
- En relación con el tiempo, en histórica, la que rigió en época remota o pasada, y vigente, la aplicable a la vida actual. (1979, pág. 116).

El mismo término es definido como “el conjunto de normas de carácter general y obligatorio que rigen en un Estado, ya sean escritas o consuetudinarias, y ya constituyan las primeras leyes formales, o simplemente materiales por generalidad y obligatoriedad.” (Hispanoamericana, 1953, pág. 934).

Es de importancia tener conocimiento del término general de legislación, del cual se puede concluir que el mismo abarca todo lo relacionado a las leyes creadas y vigentes bajo las cuales se rige un país, las cuales son de cumplimiento obligatorio para todos y cada uno de los habitantes.

En particular es importante tener conocimiento de la existencia de legislación vigente en Guatemala, relacionada a las entidades *Off Shores*.

Como se mencionó en el capítulo anterior del presente trabajo de investigación las entidades *Off Shores*, son entidades que se caracterizan por estar registradas o bien constituidas en un país distinto al de residencia, a los que generalmente se les califica como paraísos fiscales, ya que en los mismos las cargas tributarias son muy bajas y en algunas ocasiones nulas.

Se encuentran varias leyes en Guatemala, que tratan o hacen referencia en distintos ámbitos al tema de las *Off Shores*, dentro de los cuales se puede mencionar el Código de Comercio, Decreto dos guion setenta (2-70) del Congreso de la República de Guatemala, el que establece que si una Sociedad extranjera quiere operar, o bien establecer sucursales en el territorio nacional, debe cumplir con lo que el Código de Comercio guatemalteco regula, en relación a los requisitos mínimos que el mismo señala para que sociedades extranjeras puedan realizar operaciones o transacciones en la República de Guatemala.

El artículo uno (1) del Código de Comercio guatemalteco establece que las normas que contiene el mismo serán aplicables a los comerciantes en actividad profesional. Luego el artículo tres (3) del mismo cuerpo legal establece que las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea el objeto.

El mismo cuerpo legal reconoce la calidad de comerciante de cualquier tipo de sociedad mercantil y siendo que las sociedades *Off Shore* son entidades mercantiles deben de ser consideradas como comerciantes y por ende sujetas a la regulación establecida, siempre que las mismas se les reconozcan personalidad jurídica en el país, y realicen actos que generen obligaciones.

El Código de Comercio hace una distinción entre las sociedades extranjeras que se encuentran domiciliadas en la República de Guatemala, de aquellas que no lo están. Las sociedades *Off Shore* no se encuentran domiciliadas en Guatemala sino que únicamente ejercen operaciones ocasionales, o bien pueden constituir sucursales, para lo cual es necesario que nombren a un mandatario.

El artículo 220 del Código de Comercio de Guatemala, establece las operaciones que no necesitan ningún tipo de autorización, ni

registrarse en el país, en las cuales se encuentran las sociedades legalmente constituidas en el extranjero, siendo ésta, la base legal para el uso de sociedades *Off Shore* en Guatemala.

Dicho artículo establece entre las operaciones que puede realizar una sociedad extranjera en Guatemala sin ningún tipo de autorización ni registró las siguientes:

- Ser parte de cualquier gestión o juicio que se ventile en los Tribunales de la República de Guatemala o en la vía administrativa;
- Abrir o mantener cuentas bancarias a su nombre en algunos de los bancos autorizados;
- Efectuar ventas o compras únicamente a agentes de comercio Independiente, legalmente establecidos en el país;
- Gestionar pedidos por medio de agentes legalmente establecidos en el país, siempre que los pedidos queden sujetos a confirmación o aceptación fuera del territorio de la República;
- Librar, endosar o protestar en la República títulos de crédito o ser tenedora de los mismos.

- Adquirir bienes muebles, derechos reales o bienes inmuebles, siempre que éstos no formen parte de una empresa ni negocie habitualmente con los mismos.

Siguiendo con las leyes, según el Código Tributario, Decreto 6-91 del Congreso de la República de Guatemala, en el artículo veintiuno (21) establece que: "Son contribuyentes las personas individuales, prescindiendo de capacidad legal, según el derecho privado y las personas jurídicas, que realicen o respecto de las cuales se verifica el hecho generador de la obligación tributaria."

Por lo que hay que establecer y determinar de dónde provienen los ingresos y gastos de las operaciones que realizan las sociedades *Off Shore* para determinar si los ingresos son de operaciones realizadas en Guatemala o si los gastos que se derivan de operaciones realizadas por contribuyentes domiciliados con una sociedad *Off Shore* son gastos deducibles o no para propósitos del cálculo del Impuesto sobre la Renta (ISR).

Las leyes tributarias, hacen mención a personas jurídicas domiciliadas o no domiciliadas y establecen determinadas obligaciones y exenciones de acuerdo a esta característica.

En la Ley del Impuesto Sobre la Renta, Decreto 26-92 del Congreso de la República de Guatemala establece al igual que en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe, un sistema fiscal que se basa en el principio de "la fuente", según el cual únicamente está gravada la renta de fuente guatemalteca y por consiguiente las rentas obtenidas en el exterior no se encuentran gravadas, ya que se considera renta de fuente no guatemalteca.

En el artículo 2 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, se establece que el campo del impuesto se circunscribe a todas las rentas y ganancias de capital obtenidas en el territorio nacional llamado también principio de territorialidad.

La ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos, Decreto 67-2001, establece en el artículo 1 que tiene por objeto prevenir, controlar, vigilar y sancionar el lavado de dinero u otros activos procedentes de la comisión de cualquier delito y establece las normas que para este efecto deben observar las personas obligadas, así el artículo veintidós (22) de la misma ley establece que las personas obligadas deben adoptar las medidas necesarias para obtener, actualizar, verificar y conservar la información acerca de la verdadera identidad de terceras personas en cuyo beneficio se abra una cuenta o se lleve a cabo una

transacción cuando exista duda acerca de que tales terceros puedan estar actuando en propio beneficio o, a la vez, lo hagan en beneficio de otro tercero, especialmente en el caso de personas jurídicas que no lleven a cabo operaciones comerciales, financieras o industriales en el país o en el país donde tengan sede o domicilio.

Algunas veces se confunde la protección de identidad de fondos legítimos con el lavado de dinero, y esto se da mayormente en las entidades *Off Shore* pese a que se refieren a dos situaciones totalmente distintas.

La protección de identidad de fondos se refiere a la colocación de fondos, de una manera legítima y obtenidos legalmente, en una institución financiera con el objeto de disfrutar de ellos sin el conocimiento y fuera del alcance de terceros; ésta protección de identidad ha sido alterada debido a los problemas de lavado de dinero que actualmente sufren los países, ya que las personas obligadas necesitan "conocer al cliente" con el fin de evitar el lavado de dinero.

También se puede mencionar lo relacionado al tipo de moneda que se utiliza generalmente en la constitución de una *Off Shore*, la Ley de

Libre Negociación de Divisas, Decreto 94-2000, en la cual se establece que en Guatemala existe la libre negociación con moneda extranjera.

Las normas que regulan la actividad de las Sociedades *Off Shore* en Guatemala se encuentran dispersas en diferentes cuerpos legales del ordenamiento jurídico del Estado guatemalteco, de las cuales algunas de ellas se han analizado.

El secreto bancario

Historia del secreto bancario

El autor Miguel Acosta Romero, citado por Arturo Martínez Gálvez, establece que: “en los 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.” (2003, pág. 5).

El secreto bancario se remonta años atrás. Considerado cómo secreto profesional, el cual se basaba en la confianza que se depositaba a una entidad o a una persona en particular.

“El secreto profesional tiene antecedentes desde el Derecho Romano, recogidos posteriormente en el derecho español, reconociéndolo como aquello que se comunica en razón de las actividades profesionales que se ejercen y que a través de este ejercicio las personas les comunican hechos, circunstancias o documentos. En este sentido el secreto profesional tiene como aspecto adjetivo el secreto profesional en materia de trabajo, fiscal, penal y en general, las profesiones liberales, lo cual ha sido recogido en todos los sistemas jurídicos contemporáneos.” (Martínez Gálvez, 2003, pág. 6).

Como ya se estableció para muchos tratadistas el secreto bancario constituye una modalidad específica del secreto profesional en la acepción más amplia, se trata de la reserva que debe mantenerse respecto de la información que llega a conocimiento del obligado y que no puede ser revelada. (Barbier, 2002, pág. 189).

En cuanto al secreto bancario específicamente, se puede establecer que el mismo es un deber inherente a la actividad bancaria, en relación a la confidencialidad que debe de existir entre una entidad financiera y el cliente.

Concepto

El secreto bancario es el deber que tienen las instituciones de crédito, casas de bolsa y demás entidades financieras, así como los órganos, empleados, funcionarios y personas en relación directa con dichas entidades; de observar discreción y guardar reserva sobre las operaciones que el cliente realice y que con motivo de empleo o profesión lleguen a conocer, salvo disposición legal. (Rendón Lopez, pág. 81)

Con lo mencionado, se confirma que el secreto bancario es una obligación de las entidades financieras en general, de guardar total confidencialidad de los movimientos de cada uno de los clientes, esta obligación es de cumplimiento general para todas las personas que forman parte de una entidad financiera.

El propósito principal es el proteger el patrimonio de los clientes, ahorradores o inversionistas y usuarios en general, por medio del fortalecimiento de la seguridad y confianza del público, en los bancos, casas de bolsa, y demás entidades financieras. El secreto financiero puede ser de tres tipos:

- El secreto financiero bancario, en donde las instituciones de crédito así como los funcionarios y empleados deben de guardar la más absoluta reserva, confidencialidad y sigilo sobre la información y documentación relativa a las operaciones y servicios de banca y crédito de los clientes, salvo las excepciones previstas en la ley.
- El secreto financiero fiduciario, en el que las instituciones fiduciarias deben de guardar la más absoluta reserva, confidencialidad y sigilo sobre la información y documentación relativa a las operaciones de fideicomiso que celebre con el fideicomitente; salvo las excepciones que establece la ley.
- El secreto financiero bursátil, las cuales son las casas de bolsa las que deben de guardar esta reserva y confidencialidad.

El autor Juan Carlos Malagarriga, citado por Arturo Martínez Gálvez, establece que el secreto bancario es “la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros, sin causa justificada, los datos referentes a los clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan.” (2003, pág. 11)

El secreto bancario es la relación que genera una obligación por parte de una entidad bancaria de mantener en plena confidencialidad toda información proporcionada por el cliente.

De esta obligación banco-cliente pueden señalarse las siguientes características:

- Obligación de no hacer, la que se refiere a aquella cuyo objeto consiste en una abstención, imponiendo al deudor la prohibición de hacer algo que sin la obligación sería lícito ejecutar.
- Indeterminada en el tiempo, se refiere que el deber de silencio a que está sujeto el banco no se extingue con la operación o negocio que realiza el cliente, ni siquiera con la desvinculación del mismo cliente de la entidad financiera.
- General frente a terceros, esta obligación es la de no entregar información a terceros, salvo en los casos exceptuados en la ley. (Lobos Fuentes, 2003, págs. 12-13)

Es importante tener conocimiento de las obligaciones que genera la relación entre una entidad financiera y cada uno de los clientes, los alcances y limitaciones que existen entre ellas, pudiendo así determinar

las consecuencias que la violación de estas obligaciones o derechos implican en cada una de las partes involucradas.

Dentro de esta relación, existe lo que se puede denominar como los niveles de la intromisión, los cuales intentando establecer con mayor exactitud el rol que le corresponde asumir a las entidades bancarias en materia de confidencialidad se pueden observar los siguientes:

- El espontáneo, derivado de la ejecución de operaciones que no comprometen el crédito de la entidad. En este caso la información fluye del cliente hacia el banco, por el objeto mismo de la operación que se ejecuta. En este sentido el banco queda configurado en este nivel como un receptor pasivo de información.
- El necesario, como presupuesto para la ejecución de una prestación y para la neutralización de riesgos, en el cual el banco no solo conoce la necesidad del cliente, sino que para considerar la ejecución de la prestación debe inmiscuirse activamente en la actividad del cliente. Aquí el banco ya no solo conoce porque el cliente se lo revela o porque las operaciones que este ejecuta hablan por sí mismas, sino más bien debido a la imperiosa necesidad de preguntar y verificar las condiciones personales del

usuario, solvencia patrimonial, la actividad y en algunos casos, el destino de los fondos. Luego conocerá sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones asumidas por el cliente y se formara una idea acerca de su solvencia patrimonial, financiera y aun moral.

- El adicional, excedente de los dos anteriores y conducente para la tutela de la actividad. También es utilizado para integrar bases de datos, a veces extrañas a las necesidades concretas del servicio. Está en particular se refiere a que las entidades obtienen una buena cantidad de información que excede de lo necesario para aventar los riesgos de ciertas prestaciones consideradas en la individualidad, pero que pueden considerarse conducentes para facilitar la tutela de la actividad e incluso para favorecer políticas adecuadas de comercialización. Dentro de esta especie de información que obtiene el banco ubicamos la concerniente al origen de los fondos depositados, sobre lo que está obligado a indagar por imperio legal. (Barbier, 2002, págs. 174-175)

Así se puede establecer que las entidades bancarias poseen diferentes medios o niveles para poder realizar una investigación exhaustiva relacionada a la identidad de los clientes, como también a la capacidad

de cumplimiento de las obligaciones, e incluso identificar de donde provienen los fondos.

Naturaleza del secreto bancario

Para Arturo Martínez Gálvez, establecer la naturaleza de una institución jurídica no es más que encuadrarla dentro de cierta categoría jurídica con la finalidad de aplicarla a la realidad. Para el autor citado, el secreto bancario se puede enmarcar tanto en el derecho público como en el privado.

En el público porque es responsabilidad de los órganos del Estado tutelar este derecho y privado porque, el secreto bancario en cuanto al derecho tutelado le corresponde a una parte el cumplimiento de obligaciones, mismas que no pueden ser infringidas y a la otra, la acción de daños y perjuicios. Esto es con el fin de crear un equilibrio. (2003, pág. 13)

El secreto bancario es un derecho que tiene cualquier persona individual o jurídica, que entable una relación con alguna entidad bancaria o financiera, este derecho como se ha observado puede ser enmarcado tanto en el derecho público, ya que el mismo se encuentra regulado y protegido, por la Constitución Política de la República de

Guatemala, no como secreto bancario como tal, sino como el derecho que tiene cualquier ciudadano a que no violen la información contenida en documentos o libros personales y que por tal motivo es el Estado el que se compromete a velar por el cumplimiento del mismo.

Y en el derecho privado ya que la actividad banco- cliente, genera derechos y obligaciones para ambas partes, las cuales deben de ser respetadas, y en caso que cualquiera de estas incumpla, están sujetas al pago de daños y perjuicios por dicho incumplimiento.

Fundamento del secreto bancario

Cuando se refiere al fundamento de una institución se habla en términos más concretos de la razón de ser de su existencia. En el caso del secreto bancario en particular se refiere a la razón que existe en relación a la obligatoriedad de su cumplimiento. Es decir al porqué a las entidades bancarias se les exige confidencialidad en lo comunicado a los clientes.

Dentro de estos fundamentos se encuentran:

- El uso, este fundamento se refiere a una especie de consentimiento tácito en que las comunicaciones que se hacen a los bancos deben

de ser secretas, porque lo comunicado únicamente interesa al cliente. La formación de los usos bancarios deriva, algunas veces de lo que se conoce como prácticas profesionales que lo llevan de forma tácita los contratos bancarios, por tal motivo, ante el silencio de los contratantes, se debe entender que los contratantes han querido someterse a este principio; 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, sin que ello obste a la validez del uso. 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 que se debe de guardar.

En cuanto al uso, se puede establecer que se refiere a la forma en que se ha dado a través del tiempo la relación entre la entidad bancaria y el cliente. Esta forma ha sido adoptada y aceptada por ambas partes con el fin de proteger la confidencialidad de las operaciones bancarias de las que ambos forman parte.

La buena fe, se establece que la buena fe es el fundamento principal de la relación entre las partes (banco-cliente). Para el tratadista Emilio

Betti, citado por el autor Arturo Martínez Gálvez, el criterio de la buena fe se puede presentar en distintas fases, las cuales son:

- En la formación del contrato, el cual debe de ser el principio rector de la relación, la cual debe de estar basada en la confianza y la lealtad, ya que es el contacto inicial entre las partes en el cual las mismas se intercambian información.
- Durante el desarrollo de la relación contractual, se refiere concretamente a la obligación de confidencialidad. Mientras dure la relación contractual, si existe un principio de lealtad antes de la confirmación de la relación, con más razón debe de existir durante la misma.
- Después de la conclusión, luego de finalizada la relación banco-cliente, debe de existir la misma obligación de lealtad y confidencialidad por parte del banco hacia el cliente. Este es uno de los pocos casos en el derecho que de cierta forma sigue existiendo un vínculo entre las partes después de concluida la relación contractual. Esta protección del banco al cliente se puede decir que es parte de la propia naturaleza del secreto bancario.

El contrato, esta figura es fundamental. Es por medio de un contrato, a través de las cláusulas, que se plasma la voluntad de los contratantes y

el mismo genera derechos y obligaciones entre estas. Claro está, siempre que este se celebre de buena fe y con el pleno consentimiento de las partes. Es importante mencionar en este caso, que en relación a los contratos bancarios no siempre se realizan mediante contratos formales, ya que muchas veces la relación se perfecciona mediante formularios o ciertos actos que determinan una relación contractual, pero que las mismas general derechos y obligaciones, y el secreto bancario se encuentra inmerso en ellos.

- El secreto profesional, como ya se mencionó. Muchos tratadistas consideran que el secreto bancario tiene fundamento en el secreto profesional. Se considera a la figura del banquero como un profesional, el cual debe cumplir con esta obligación.
- La ley, como bien es cierto la ley es la fuente del ordenamiento jurídico. El fundamento del secreto bancario está en la ley, ya que en esta se encuentra regulado no solo su fundamento, sino que también los elementos que están involucrados en la relación jurídica contractual.

Para el autor Joaquín Garrigues, existe una singularidad en el tema del secreto bancario cuando se refiere a los informes bancarios, ya que

establece que el problema de los límites del secreto bancario muestra dificultades cuando entra en colisión con otro deber de los bancos, y que consiste en emitir los informes que soliciten otros bancos o terceras personas respecto de un determinado cliente.

Estos informes no se refieren precisamente a operaciones concretas de los clientes, sobre las cuales pesa sin restricción el deber del secreto, sino que se refiere más que todo a las condiciones de solvencia moral y económica del cliente. En la práctica bancaria los informes emitidos por los bancos sobre la situación económica y financiera de las empresas tienen gran importancia por el crédito que el público en general concede a la veracidad y exactitud de tales informes. (Garrigues, 1975, pág. 54)

De acuerdo a lo expuesto, se puede observar que existen para el autor tres excepciones en cuanto al secreto bancario se refiere, los cuales son:

- Si el cliente ha autorizado al banco para proporcionar los informes, es claro que el banco queda dispensado de la obligación de guardar el secreto, pudiendo incluso incurrir en responsabilidad si se niega a proporcionarlos.

- Si el cliente no ha autorizado expresamente tal información y el solicitante de la misma es un particular, el banco deberá proporcionarla en el caso de que los informes sean favorables al cliente, pues de esta manera protege los intereses de este, y debe guardar silencio, aun cuando el silencio pueda perjudicar al cliente en el supuesto de que los informes deben ser desfavorables.
- Si la petición de informes viene de otro banco, el deber de colaboración entre los bancos suaviza el rigor de la obligación del secreto, justificándose que el banco requerido suministre al colega informes que en otro caso no podría suministrar. (Garrigues, 1975, págs. 54-55)

Estas excepciones como ya se mencionó están en la doctrina, pero es importante estar conscientes que cada legislación podría o no reconocer estas excepciones en cuanto al secreto bancario se refiere, y proceder de distinta forma en caso alguna de estas situaciones se diera.

Para Arturo Martínez Gálvez, existen tres excepciones importantes en relación a la obligación de reserva, las cuales son:

- Las informaciones proporcionadas a la Junta Monetaria, Banco de Guatemala, Superintendencia de Bancos y las Instituciones

Bancarias, deben de provenir de una ley, que permita la revelación de la información, que en principio es reservada. En el caso de la Junta Monetaria y el Banco de Guatemala manejan cifras globales para los efectos de la macroeconomía del país, no sobre aspectos particulares de los cuentahabientes. (2003, pág. 82)

En este sentido, el secreto bancario no es del todo aplicable, ya que estas instituciones no tienen información de los particulares, sino la función principal es garantizar la estabilidad monetaria, cambiaria y crediticia del país, y velar por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional, en el caso de la Junta Monetaria y el Banco de Guatemala, en cuanto a la Superintendencia de Bancos, el fin principal es ejercer la vigilancia de los bancos, instituciones de crédito, y demás empresas financieras.

- El secreto de las informaciones proporcionadas por los bancos. La información que reciban la Junta Monetaria, Banco de Guatemala, Superintendencia de Bancos y las Instituciones Bancarias, están resguardadas por la obligación de reserva, y estas no podrán revelar la información que se les proporcione, salvo que medie orden de juez competente. En este caso se plantea otra circunstancia, consistente en que de acuerdo con el mismo

precepto solo el nombre de los depositantes y la información proporcionada por los particulares gozan de la protección del secreto bancario, pero “tanto la Junta Monetaria como la Superintendencia de Bancos tienen acceso a mucha información que no es proporcionada por los particulares, sino es información proporcionada propiamente por el banco, pero que al mismo tiempo tiene cierta relación con la información prestada por personas individuales o jurídicas. Es por tal motivo que esta información que es siempre documental y que se encuentra dentro de cada uno de los expedientes, que es conocida por ambas instancias en cumplimiento de la ley, no está sujeta al resguardo de la ley, entre estas instituciones”. (Martínez Gálvez, 2003, pág. 83)

En relación a lo mencionado, se establece que las instituciones que por ley están autorizadas a solicitar cierta información de los bancos, y que reciben la misma, no se encuentran en la obligación de resguardar esta información entre ellas, ya que esta fue proporcionada por una entidad y no directamente por el cliente.

En cuanto al intercambio de información entre bancos e instituciones financieras se refiere se establece que “el sistema bancario nacional es una totalidad y al mismo tiempo una unidad, de manera que todas las

instituciones bancarias están entrelazadas entre sí, es por eso que la prestación de servicios que prestan, tanto en las operaciones pasivas como en las activas, debe de existir un intercambio de información, en busca de la estabilidad y el fortalecimiento del sistema. La concentración de capitales por medio de depósitos y la concentración de créditos, son aspectos que tienen que ver con los riesgos que corren las entidades bancarias, por lo que para un buen manejo de riesgos es necesario que exista un intercambio de información que proteja al sistema”. (Martínez Gálvez, 2003, pág. 130).

Es de importancia la colaboración que existe entre los bancos del sistema, ya que como se ha mencionado en este sentido, un banco no es una institución financiera independiente, sino que forma parte de un sistema global, el cual vela por un interés general.

Un sistema bancario no es una adición de bancos, es la integración de una estructura organizada profesionalmente, en la cual únicamente los bancos forman parte de la misma, y que por tal motivo existe una vinculación entre sí, formando todos la unidad del sistema. Y la vinculación es lo que permite el intercambio de información entre los bancos.

El autor Carlos Malarriaga, citado por Arturo Martínez Gálvez destaca que a través del intercambio entre bancos se crea un circuito cerrado, dentro del cual circulan libremente las informaciones entre bancos, pero fuera del cual no puede salir sin hacer incurrir al causante en responsabilidad por la violación del secreto. (2003, pág. 131)

Por tal motivo se considera que la información que se traslada de una entidad financiera a otra, no está sujeta al secreto bancario entre ellas, ya que las mismas forman parte de un mismo sistema y buscan los mismos intereses.

Otro sector de la doctrina establece que el intercambio de información solo procede si el cliente ha autorizado al banco, aun cuando por ley este facultado para dicho intercambio, pero si no existiere el consentimiento del cliente, el banco solo podrá proporcionar información sobre la solvencia moral y económica, siempre y cuando la misma sea positiva para el cliente. (2003, pág. 132)

Es cierto que el intercambio de información entre los bancos, se considera muchas veces de interés público, pero también es cierto que de alguna manera se viola la intimidad del cliente, es por tal motivo que algunas doctrinas protegen los derechos de los mismos, solicitando

de alguna manera a estas entidades financieras que sean respetuosas con cada uno de los clientes.

- Excepciones a la obligación de guardar el secreto bancario. “El derecho al secreto bancario y la obligación de su cumplimiento, se encuentran limitados por el orden jurídico, de tal manera que el buen uso de ese derecho y el cumplimiento de los deberes tienen plena protección, pero no cuando hay intereses de terceros o bien cuando se atenta contra el orden público”. (Martínez Gálvez, 2003, págs. 86-87). En esta situación el interés individual de protección de la identidad o bien de la información proporcionada por medio de los particulares, tiene que ceder, ya que de lo contrario el mismo orden jurídico estaría desprotegiendo situaciones lícitas, por mantener en secreto otras consideradas como ilícitas, y las cuales van en contra de cualquier ordenamiento jurídico que vela por el respeto a los derechos de todos los habitantes.

De esta forma se considera que si bien el secreto bancario es un derecho reconocido por diversos ordenamientos jurídicos, es importante tener en cuenta que siempre el interés público prevalece ante el privado.

Es importante que se tome en cuenta dentro del fundamento del secreto bancario lo relacionado al tema del derecho bancario y los derechos humanos, ya que según el autor Arturo Martínez Gálvez, existen muchas posturas que consideran que el fundamento de la figura del secreto bancario se encuentra en la teoría de los derechos humanos, considerando que el mismo forma parte del derecho natural como un derecho inherente del individuo, posicionándolo por tal motivo en los derecho del derecho privado, referentes a la responsabilidad de la comisión de un delito, a quien viole este derecho. (2003, pág. 23)

El fundamento principal de esta teoría, se encuentra en la garantía de la correspondencia, de los documentos y libros de cualquier ciudadano, porque de conformidad con varias legislaciones los mismos son considerados como parte de la esfera íntima de cada persona, en donde el Estado tiene la obligación de no hacer, salvo que exista de por medio una orden de juez competente, de conformidad con lo establecido en la ley.

Como se puede observar esta protección a la intimidad de cada uno de los ciudadanos es considerado como un derecho de la personalidad humana, el cual está protegido por la Constitución Política de la República de Guatemala.

La protección constitucional en relación al secreto bancario, se da en razón de la naturaleza que lleva toda operación financiera para la persona que proporciona la información a determinada institución financiera, esta información se hace con el entendido que la misma no puede ser revelada a ninguna persona.

El autor Arturo Martínez Gálvez menciona que en este sentido la doctrina extranjera no es unánime, ya que por ejemplo en Alemania, es considerado por un determinado sector de la doctrina que el secreto bancario integra los derechos de la personalidad y que por tal motivo los mismos pertenecen al catálogo de los derechos constitucionales individuales. En este sentido se puede establecer que cada individuo puede determinar cuáles de sus derechos pueden ser compartidos con terceras personas, y que al momento de existir una revelación de lo comunicado por el cliente a una entidad financiera, no existe ninguna intervención de un ente público, ya que la misma es considerada como un asunto entre las partes dentro de una relación contractual. (2003, pág. 25)

De acuerdo a lo anterior se considera que la relación que existe entre una entidad financiera y el cliente, es simplemente una relación de carácter contractual, es decir que se lleva a cabo mediante un contrato

en el cual las partes establecen las condiciones bajo las cuales se va a regir el mismo.

Otro de los fundamentos importantes en relación al secreto bancario, es la ley, ya que la misma es la fuente del ordenamiento jurídico, y es en la ley en donde se encuentra no solo el fundamento si no también los elementos personales y reales.

También se encuentra dentro de estos fundamentos, el de establecer si el secreto bancario se le considera un derecho de interés público o privado. En el caso de las entidades bancarias, estas necesitan una licencia, autorización o bien una aprobación por parte de las autoridades estatales, generalmente por una autoridad monetaria, con esta característica se puede deducir que las operaciones que realizan dichas entidades son de interés público y constituyen por consiguiente un servicio público. Sin embargo las relaciones que se entablan entre el cliente y la entidad financiera, no deben de ser de conocimiento público, ya que es una relación interpersonal que solo es de interés de las partes que se encuentran en el negocio. Por lo anterior se puede observar que en “el secreto bancario se encuentra implícito el interés público, en el sentido de que cada una de las comunicaciones hechas al banco debe de ser protegidas de conformidad con lo que establece la ley. En este sentido se puede deducir que el interés que se tutela es el

público, aunque esta protección conlleva la protección de un derecho individual que obliga a las instituciones bancarias a guardar lo comunicado por los usuarios”. (Martínez Gálvez, 2003, págs. 39-40)

De lo anterior se establece que el secreto bancario puede ser considerado tanto de interés público como privado, publico ya que el mismo se encuentra regulado en la legislación, y es aplicable y de carácter obligatorio para los involucrados, y privado porque existe una relación entre banco y cliente la cual genera derechos y obligación, que los involucran únicamente a ellos como parte de una relación contractual.

Se ha observado que existen varios fundamentos en relación al secreto bancario, por medio de los cuales se llega a establecer de donde proviene el mismo, los principios y formas, para la correcta aplicación de este precepto.

El secreto bancario en Guatemala

Como se ha mencionado, el secreto bancario es la obligación que tiene una entidad bancaria de guardar la confidencialidad de la información proporcionada por los clientes.

En la legislación guatemalteca esta figura se encuentra regulada en el artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002, el cual establece “Confidencialidad de operaciones. Salvo las obligaciones y deberes establecidos por la normativa sobre el lavado de dinero u otros activos, los directores, gerentes, representantes legales, funcionarios y empleados de los bancos, no podrán proporcionar información, bajo cualquier modalidad, a ninguna persona individual o jurídica, pública, privada, que tienda a revelar el carácter confidencial de la entidad de los depositantes de los bancos, instituciones financieras, y empresas de un grupo financiero, así como las informaciones proporcionadas por los particulares a estas entidades.

Se exceptúa la limitación a que se refiere el párrafo anterior, la información que los bancos deban proporcionar a la Junta Monetaria, al Banco de Guatemala, y a la Superintendencia de Bancos, así como la información que se intercambie entre bancos e instituciones financieras.

Los miembros de la Junta Monetaria y las autoridades, funcionarios y empleados del Banco de Guatemala y la Superintendencia de Bancos

no podrán revelar la información a que se refiere el artículo, salvo que medie orden de juez competente.

La infracción de lo indicado será considerada como falta grave, y motiva la inmediata remoción de los que incurran en ella, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que de tal hecho se deriven.

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

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

Actualmente existe una confusión en relación a si suprimir o no el secreto bancario en Guatemala. Por muchos años el secreto bancario ha

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

Actualmente se discute en el Congreso de la República de Guatemala, el tema de si es viable o no la eliminación del secreto bancario, y en este sentido existen varias posturas, una que no es precisamente la eliminación como tal del secreto, sino únicamente regular lo relacionado a garantizar el acceso a la Superintendencia de Administración Tributaria –SAT- en casos concretos y con autorización siempre de un juez civil.

Esto en virtud que muchos legisladores opinan que las modificaciones a la ley en cuanto al secreto bancario se refieren deben de ser más agresivas, ya que en este momento la ley no está acorde a la situación que vive el país actualmente, es por esto que ciertos grupos solicitan que se le dé acceso a la –SAT-, así como a ciertos organismos de investigación a las cuentas bancarias, como parte de los requisitos de vigilancia y el combate al delito de lavado de dinero y otros activo.

Esto en base al compromiso que ha tomado Guatemala ante el Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica –GAFILAT-, la cual es una organización intergubernamental de base regional que agrupa a dieciséis países de América del Sur, Centroamérica, y América del Norte, de la que Guatemala es miembro, y que lucha por combatir el delito de lavado de dinero y la financiación del terrorismo, a través de compromisos de mejora continua de las políticas nacionales contra ambos temas y la profundización en los distintos mecanismos de cooperación entre los países miembros.

El autor Arturo Martínez Gálvez menciona que “El secreto bancario, es un derecho que pertenece al elenco de los derechos fundamentales, que no tiene categoría solamente de derecho individual sino también social porque es del interés de la comunidad que ciertos asuntos considerados como íntimos sean respetados y protegidos por todos y que incluso interesa a la economía nacional.

Pero también así ha sido un refugio de los lavadores de dinero y una figura protectora, mal utilizada, para realizar todo tipo de operaciones que hacen inalcanzable al crimen, creando más problemas a la sociedad que el mantener con rigorismo el secreto bancario por los efectos devastadores que ocasiona el lavado de activos. Y que por tal razón las actuales legislaciones que combaten dicha actividad criminal

han considerado necesario que el secreto bancario tenga excepciones, cuando se trate de la justicia criminal.” (Martínez Gálvez, 2003, pág. 152)

Como se puede observar el secreto bancario es una figura protectora, en cuanto a la información que es compartida con alguna entidad financiera, es un derecho que está reconocido por varias legislaciones. Pero lamentablemente fuera de verse como esa figura protectora para beneficio individual, este secreto ha sido mal implementado, ya que muchas personas han abusado del mismo para realizar infinidad de actos delictivos, como por ejemplo el lavado de dinero, y que la regulación del secreto bancario les permite hacer operaciones ilícitas, sin que las mismas puedan ser rastreadas o investigadas.

“Es necesario examinar el papel que representa el secreto bancario en la investigación y el aseguramiento de bienes provenientes de actividades ilícitas. Es en esta área donde existen diversos tratados y acuerdos, bilaterales y multilaterales. Por desgracia, a pesar del apremio e importancia de esta batalla, hay países cuya economía depende en gran parte de los servicios financieros que ofrecen, por lo que han señalado la preocupación en el sentido en que eliminar el

secreto bancario de la legislación, frustraría la principal entrada de divisas”. (Zamora Sánchez, 2000, pág. 14)

De lo expuesto se puede concluir que uno de los miedos grandes de muchos países al eliminar el secreto bancario eliminar los mismos dejen de recibir entrada de divisas, que son las que ayudan en gran parte al crecimiento de la economía.

Para el autor Pedro Zamora Sánchez, existen tres tipos de reserva en el sistema financiero: El anonimato bancario, que es en el que el banco desconoce la identidad del cliente; el secreto bancario absoluto, en el que se niega la cooperación de cualquier índole, a excepción de cuestionamientos en materia sucesoria; el secreto bancario, con métodos agilizados de investigación en el que se permiten que se investiguen y se proporcione información sobre las cuentas localizadas en su jurisdicción a las autoridades extranjeras. (2000, págs. 14-15)

En otro sentido muchas otras posturas afirman que dicha regulación está violando el derecho constitucional, contenido en el artículo 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece que la correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables. Solo podrán revisarse o incautarse en virtud de

resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales. Se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas, y otros productos de la tecnología moderna.

Los libros, documentos y archivos que se relacionan con el pago de impuestos, tasa, arbitrios y contribuciones, podrán ser revisados por la autoridad competente de conformidad con la ley. Es punible revelar el monto de los impuestos pagados, utilidades, pérdidas, costos y cualquier otro dato referente a las contabilidades revisadas a personas individuales o jurídicas, con excepción de los balances generales, cuya publicación ordene la ley.

Los documentos o informaciones obtenidas con violación de lo establecido anteriormente no producen fe ni hacen prueba en juicio.

De conformidad con lo establecido en el artículo expuesto, se puede observar que la Constitución Política de la República de Guatemala, claramente protege a todos los ciudadanos guatemaltecos, en cuanto a que cualquier persona o entidad debe de respetar la privacidad e integridad de los mismos. El incumplimiento de este precepto incurre en una violación al orden constitucional.

En la obra, Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos, de la Escuela Nacional de la Judicatura, se establece lo relacionado a los paraísos fiscales y el secreto bancario. Se indica: “este aspecto representa uno de los puntos más débiles en los esfuerzos para enfrentar el fenómeno del lavado de activos, ya que los países que ofrecen la condición de paraísos fiscales, se caracterizan por el anonimato, de las transacciones, así como por una falta de cooperación con las autoridades de persecución, de manera que cuando el lavador, haciendo uso de las facilidades que proporciona la revolución tecnológica, unida a una liberación de capital y desregulación bancaria, logra transferir los recursos generados de actividades delictivas a países con estas características tiene altas posibilidades de insertar posteriormente con apariencia de legitimidad recursos de origen delictivo.” (2005, pág. 14)

De acuerdo con el párrafo anterior, se deduce que para distintas instituciones, organizaciones y muchas entidades, el secreto bancario es una de las limitantes más grandes en las legislaciones de varios países para combatir el lavado de dinero. Por medio de esta figura muchos delincuentes logran realizar operaciones de forma anónima, teniendo a favor el secreto bancario, como medio para cubrir los ilícitos.

Y en este sentido las entidades bancarias de los paraísos fiscales cuentan con dos ventajas fundamentales, las cuales son: que permiten la apertura de cuentas secretas y numeradas, en las cuales los nombres de los cuentahabientes se encuentran separadas de las mismas. Permiten también la constitución de entidades comerciales en las que el titular se mantiene en total anonimato, siendo administradas por un agente comercial residente y funcionando libre de impuestos.

Actualmente en Guatemala se pretende reformar como ya se ha mencionado en el artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, en el sentido que la Superintendencia de Administración Tributaria –SAT- tenga acceso a las cuentas de depósitos de los contribuyentes en los bancos. En este sentido el contrapeso sería que se requiere que haya un expediente en trámite por ajustes tributarios, que se cuente con el aval del Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria –SAT-, y se solicite la autorización de juez competente, aunque en este sentido se debe de indicar quien es el juez competente, porque de lo contrario ningún juez se declararía competente para tal efecto. Por otra parte del Código Tributario debe ser modificado, en el sentido que se le faculta a requerir la información de los bancos.

El lavado de dinero

El lavado de dinero por medio de una entidad *Off Shore*

Para Diego J. Gómez Iniesta, citado en la obra Aspectos Dogmáticos Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos, de la Escuela Nacional de la Judicatura, el lavado de dinero es “Aquella operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido a los circuitos económico financiero legales, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma licita.” (2005, pág. 4)

El fin principal del lavado de dinero, fuera de la operación ilícita y el delito como tal, es el encontrar los medios para ocultar de cualquier forma posible el verdadero origen de los fondos obtenidos de forma ilegal, y existen infinidad de estos medios que son utilizados por los delincuentes para el cumplimiento del objetivo.

También puede ser definido el lavado de dinero como “el proceso mediante el cual se realiza cualquier acto u operación con divisas o activos, que provengan de una actividad tipificada como delito por la legislación del país en el que se efectúen dichos actos u operaciones, con el propósito fundamental de ocultar el origen ilícito de tales divisas

y activos, utilizando una serie de actos permitidos por la ley, para llegar a un fin prohibido por la misma.” (Zamora Sánchez, 2000, pág. 6)

Se puede definir que el lavado de dinero es aquel delito tipificado por la ley, por medio del cual el dinero obtenido de una forma ilícita, trata de ser incorporado en el mercado de activos, como si el mismo hubiera sido obtenido de una forma legal o lícita.

Etapas del lavado de dinero

Como ya se mencionó el lavado de dinero es un proceso mediante el cual se trata de ocultar fuentes de ingreso obtenidas de una forma ilícita, para posteriormente ingresarlas a una economía legítima.

De acuerdo al documento elaborado por la Escuela Nacional De la Judicatura en República Dominicana y la USAID (*United States Agency International Development*), en español la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, este proceso tiene varia etapas dentro de las que se pueden encontrar las siguientes:

- La colocación del dinero, la cual establece que el objeto principal en esta etapa es desprenderse de la suma exagerada de dinero con

la que el lavador cuenta en ese momento, para cumplir con este fin, la persona que está lavando el dinero debe de hacer con anterioridad un estudio de sistema financiero, mediante el cual se pueda establecer o identificar agencias que se dediquen a la intermediación financiera, que la forma de operar, sea una forma más flexible, en cuanto a la averiguación y control de las operaciones que realizan cada uno de los clientes, para posteriormente poder depositar el dinero obtenido de forma ilícita en cualquiera de estas agencias, y poder obtener instrumentos de pago, reconocidos como formas legales de pago.

En esta etapa, por el riesgo que existe, es necesaria la participación de varias personas, y realización de diversas operaciones. “superada esta fase cuando el efectivo ya ha sido colocado en el circuito financiero y empiezan a intervenir las sociedades pantalla, las connivencias bancarias y otros recursos de enmascaramiento o integración, las evidencias materiales y rastros contables van desapareciendo y se hace casi imposible establecer el vínculo entre los fondos y su origen ilícito, de modo que difícilmente pueda detectarse el blanqueo a esa altura.” (Escuela Nacional de la judicatura, 2005, pág. 6)

Los mecanismos más utilizados en esta etapa son los siguientes:

- Por medio de entidades financieras, las personas que se dedican a este tipo de operaciones, con el fin de evitar ser descubiertos por alguna entidad financiera, generalmente utilizan fraccionamientos de sumas elevadas en otras de menor cuantía. Esta etapa también puede llevarse a cabo por medio de ayuda o participación de funcionarios y empleados bancarios, que no cumplen con las obligaciones inherentes a los respectivos cargos, así también por medio del uso de documentos falsos, con el fin de desviar el verdadero origen de los fondos.
- Por medio de establecimientos financieros no tradicionales, en este caso se puede observar el uso de las agencias de cambio, empresas dedicadas al canje de cheques, agentes de valores, negocios que se dedican a la venta de joyas, metales preciosos, antigüedades, así como también la venta de arte. En el caso de las joyas, los metales preciosos, las antigüedades y el arte, en virtud que son productos de un alto valor añadido, de fácil transporte y que pueden ser de propietarios anónimos, y que generalmente el pago se hace en efectivo, son utilizados de forma muy común en el lavado de dinero.

- La mezcla de fondos lícitos e ilícitos, este caso en particular se da más que todo en negocios “legales”, los cuales tienen mucho flujo de efectivo, y que pueden ser una pantalla perfecta para el lavado de dinero, como por ejemplo: gasolineras, restaurantes, salones de belleza entre otros. Estas formas de lavar dinero son muy comunes, ya que son negocios formados y constituidos legalmente, pero que en el fondo son manejados con capital proveniente de manejos ilícitos.
- Compra de bienes de alto valor, las personas que lavan dinero generalmente obtienen propiedades de lujo, ya sean inmuebles o muebles, ya que lo que les interesa es deshacerse de tanto dinero en efectivo.
- Contrabando de dinero en efectivo, este es una forma muy utilizada también para el lavado de dinero, se refiere al movimiento de efectivo obtenido de una forma ilícita a ciertos lugares en los cuales no existe regulación al respecto, o si existe no es muy efectiva.

Para Isidoro Blanco Cordero, a pesar de que se considera este mecanismo muy común, y poco sofisticado, señala que en el futuro

este método continuara y aumentara, ya que como consecuencia de la globalización del mercado, y del aumento del volumen comercial mundial, es prácticamente imposible examinar todos los cargamentos que cruzan las fronteras, debiendo limitarse al control de una pequeña parte. (Escuela Nacional de la judicatura, 2005, pág. 7)

- La estratificación o intercalación, lo cual se refiere a la intención de desligar los fondos obtenidos de una forma ilícita, y alejarlos completamente del origen. Para esta etapa existen varios mecanismo, dentro de los cuales se pueden observar los siguientes:
- La conversión del dinero en efectivo en otros instrumentos de pago, con el fin de facilitar el transporte de un país a otro, así como facilitar el ingreso de estos recursos a una entidad bancaria.
- Reventa de los bienes adquiridos con dinero en efectivo, ya que realizando esta operación, se obtiene dinero en efectivo obtenido de una actividad normal, como lo es una compraventa.
- Transferencia electrónica de fondos, este mecanismo es utilizado ya que el desarrollo de la tecnología en la actualidad permite realizar operaciones, haciendo difícil el rastreo, y más cuando se realizan estas actividades en instituciones ubicadas en paraísos fiscales.

Esta etapa es conocida por el autor Pedro Zamora Sánchez como distribución del dinero, el cual establece que “Una vez que el activo ingresa exitosamente en el sistema financiero, circula a través de múltiples cuentas, e incluso se envía a países distintos del de origen. Estas complicadas transacciones se llevan a cabo con la intención de entorpecer y obstaculizar la ubicación del origen del dinero; es decir la distribución o transformación del capital a través de instituciones que lo aleja de la fuente original” (2000, pág. 12)

Existe también otra etapa reconocida y estudiada en cuanto al proceso de lavado de dinero la cual es:

- La Integración del dinero a la economía formal, la cual “implica el desplazamiento de los fondos hacia empresas o negocios legítimos encargados de incorporarlos con bienes obtenidos lícitamente. Una vez que las etapas de colocación, distribución e integración del dinero se completan, el proceso de lavado de dinero concluye. El éxito de esta actividad consiste en dominar la complejidad de las operaciones en el ámbito financiero para eludir la detención” (Zamora Sánchez, 2000, pág. 13)

Existen estructuras corporativas que en cierta forma colaboran con el proceso del lavado de dinero, y estas estructuras son las que

comúnmente se llaman sociedades. Existen diversos usos y objetivos para los cuales se reservan las distintas empresas, que van cambiando de conformidad al esquema del el lavado de dinero que la persona quiera utilizar. Y dentro de estos esquemas existen tres tipos de sociedades que se forman para este fin. Las cuales son:

- Empresas frente o pantalla, que son aquellas que se crean u organizan legítimamente y participa, o fingen participar, en el comercio legítimo, pero que en la realidad son utilizadas como disfraz para el lavado de fondos que se han obtenido de una forma ilícita.
- Empresas fantasmas o ficticias, a diferencia de las frente, estas existen solo de nombre, pues no están constituidas bajo ninguna forma, y no cuentan con documento de creación que las respalde. Son ficticias y generalmente aparecen en documentos de embarque, en órdenes de transferencia de fondos como consignatarias, o como terceras partes, que sirven como simulación para el último y verdadero receptor de los fondos ilícitos.

- Empresa de papel o de escritorio, existen varias definiciones para este tipo de sociedades, en algunos países las conocen como empresas domiciliarias, estas no llevan a cabo negocios de carácter comercial, en el país en el que se encuentra registrada la oficina, como se le llama. Estas entidades cuentan con un cuadro corporativo por medio de un agente, quien las mantiene activas, hasta que a un comprador le interese adquirirlas. El consejo de administración registrado no tiene relación con los dueños de la empresa al momento de llevarse a cabo la compra. El proceso de constitución y la compra de este tipo de sociedades, no es un proceso ilícito como tal, sin embargo por la fácil constitución y falta de formalismos, este tipo de sociedades son muy utilizadas para el manejo de fondos ilícitos.

Como se puede observar en la descripción existen varias formas, por medio de las cuales se puede lavar dinero, en particular las empresas de papel o de escritorio, son las que se han venido mencionando, mismas que son conocidas como *Off Shore*, las cuales como ya se mencionó no son entidades ilícitas, ya que las mismas están reconocidas en varias legislaciones, en particular en la legislación guatemalteca. El problema con este tipo de sociedades es que a lo largo

del tiempo se les ha venido dando un mal uso, y se ha desvirtuado su verdadera función.

Instituciones que combaten el delito de lavado de dinero en Guatemala

Guatemala cuenta con instituciones que luchan por combatir el delito de lavado de dinero y otros activos, dentro de estas instituciones se pueden encontrar:

- El Ministerio Público, el Ministerio Público es una institución, la cual se encuentra regulada en la Constitución Política de la República de Guatemala, que de acuerdo a lo establecido en el artículo 251 de esta norma legal, es una institución auxiliar de la administración pública y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país. La organización y funcionamiento se regirá por la ley orgánica.

El jefe del Ministerio Público es el Fiscal General de la República y le corresponde el ejercicio de la acción penal pública. El Ministerio cuenta con la colaboración de los auxiliares fiscales, que son los que lideran las investigaciones, realizan la

recopilación de pruebas y presentan la acusación correspondiente ante los tribunales de justicia. Este Ministerio es también la autoridad central designada para la asistencia judicial mutua con otros países.

Es en este sentido el Ministerio Público, a través de sus funcionarios la institución encargada de llevar a cabo toda la investigación, cuando se tiene conocimiento de la comisión de un delito, presentar las pruebas correspondientes luego de la investigación correspondiente.

- La Superintendencia de Bancos, es un órgano que forma parte de la banca central, la cual se encuentra organizada conforme a la ley; es una entidad particularmente técnica, que actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria, y ejerce la vigilancia e inspección del Banco de Guatemala, bancos, sociedades financieras, instituciones de crédito entidades afianzadoras, de seguros, almacenes generales de depósito, casas de cambio, grupos financieros y empresas controladoras de grupos financieros y las demás entidades que otras leyes dispongan. La Superintendencia de Bancos tiene plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, goza de independencia funcional necesaria para el

cumplimiento de sus fines, y para velar porque las personas sujetas a su vigilancia.

Es la Superintendencia de bancos la encargada de velar por el buen funcionamiento de las entidades dedicadas al ejercicio financiero, y por ende promover la estabilidad y confianza en el sistema financiero supervisado.

- La Intendencia de Verificación Especial (IVE), es un tipo de unidad, que internacionalmente se le conoce como la Unidad de Análisis Financiero de Guatemala, es de carácter administrativo, se rige según las disposiciones legales de la República de Guatemala, contra el delito de lavado de dinero u otros activos y para prevenir y reprimir el delito de financiamiento del terrorismo, sus funciones principales son:
 - Requerir y/o recibir de las personas obligadas toda la información relacionada con las transacciones financieras, comerciales o de negocios que puedan tener vinculación con el delito de lavado de dinero u otros activos.
 - Analizar la información obtenida a fin de confirmar la existencia de transacciones sospechosas, así como operaciones o patrones de lavado de dinero u otros activos.

- Elaborar y mantener los registros y estadísticas necesarias para el desarrollo de sus funciones.
- Intercambiar con entidades homólogas de otros países información para el análisis de casos relacionados con el lavado de dinero u otros activos, previa suscripción con dichas entidades de memoranda de entendimiento u otros acuerdos de cooperación.
- En caso de indicio de la comisión de un delito presentar la denuncia correspondiente ante las autoridades competentes, señalar y aportar los medios probatorios que sean de su conocimiento u obren en su poder.
- Proveer al Ministerio Público cualquier asistencia requerida en el análisis de información que posea la misma, y coadyuvar con la investigación de los actos y delitos relacionados con el delito de lavado de dinero u otros activos.
- Imponer a las personas obligadas las multas administrativas en dinero que corresponda por las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones que les impone esta ley.

Es la Intendencia de Verificación Especial (IVE), una unidad creada por la Superintendencia de Bancos, la cual está encargada de velar por

el cumplimiento de las disposiciones legales del país concernientes al delito de lavado de dinero y para prevenir el delito del financiamiento del terrorismo. Es esta unidad la que actualmente se encarga de estudiar y analizar cualquier transacción financiera que pueda tener indicios de que los fondos provengan de una actividad ilícita.

- La Superintendencia de Administración Tributaria, es una entidad estatal descentralizada, con competencia y jurisdicción en todo el territorio nacional, para ejercer con exclusividad las funciones de administración tributaria, contenidas en la legislación. Esta institución goza de autonomía funcional, económica, financiera, técnica, y administrativa y cuenta con personalidad jurídica, patrimonio, y recursos propios, su misión principal es recaudar con efectividad recursos para el Estado, brindando servicios que faciliten el cumplimiento de las obligaciones tributarias y aduaneras; con apego al marco legal vigente.

Es la Superintendencia de Administración Tributaria la entidad encargada de la recaudación de impuestos. Actualmente como ya se mencionó existe una propuesta de ley para darle facultad de poder solicitar información relacionada a las cuentas de depósitos de los

contribuyentes, esto con el fin de verificar que los fondos de los mismos no provengan de una actividad ilícita.

- El Organismo Legislativo, es uno de los tres poderes del Estado que tiene a su cargo, por medio de los Diputados al Congreso de la Republica, la potestad para crear leyes que favorezcan al desarrollo integral del país, buscando siempre el bien común de todos sus habitantes.
- El Organismo Judicial, el fin principal de este organismo es el de administrar e impartir justicia y velar por el cumplimiento del debido proceso.

Estos dos organismos son considerados parte esencial contra la lucha del delito de lavado de dinero u otros activos, ya que el Organismo Legislativo, es el que tiene la facultad de la creación de leyes que velen por el bienestar de todos los habitantes, y el Judicial el que tiene la obligación de hacer que se cumplan estas leyes y castigar a quienes las infrinjan.

Conclusiones

Las *Off Shores* son entidades creadas con el fin de beneficiar las transacciones internacionales libres de obligación tributaria, sin embargo muchas veces son utilizadas para el manejo de activos provenientes de transacciones ilícitas.

El secreto bancario es una de las figura que más afecta a la comisión de hechos provenientes de actividades ilícitas, en virtud que se prohíbe la divulgación de la información proporcionada por el cliente.

El lavado de dinero y otros activos es uno de los delitos mayormente cometidos bajo el beneficio de la constitución de una *Off Shore* y el uso de la figura del secreto bancario.

Referencias

- Abad Godoy, J. J. (2013). *Desempeño financiero sobre la banca ecuatoriana*. Quito.
- Barbier, E. A. (2002). *Contratación bancaria*. España: Astrea.
- Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*.
- Escuela Nacional de la judicatura. (2005). *Aspectos dogmáticos y procesales del lavado de dinero*. República Dominicana: Mediabyte, S. A.
- Godoy, j. j. (2010). *desempeño financiero de la banca ecuatoriana*. Ecuador.
- Garrigues, J. (1975). *Contratos bancarios*. Madrid: Sebastián Moll.
- Hispanoamericana, U. T. (1953). *Diccionario enciclopédico U.T.E.H.A.*
- Juarez, J. (2016). Apuntes sobre las Off Shore. GUATEMALA. <http://www.bufeteparedes.com/main/category/apex-juris/>
- Lobos Fuentes, R. P. (2003). *www.derecho-comercial.com*. Recuperado el 9 de Abril de 2016. <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/lobo01.pdf>
- Martínez Gálvez, A. (2003). *El secreto bancario en la nueva ley de bancos y grupos financieros*. Guatemala: Papiro.
- Pérez, J. A. (2011). *www.ief.es*. Recuperado el 7 de Abril de 2016, de http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/12_2011/04_11.pdf
- Rendón Lopez, A. (s.f.). *Derecho bancario y bursátil*. México: Universidad Autónoma de México.

Ugalde, M. S. (2014). *Apuntes sobre la banca Off Shore y el secreto bancario*.

Zamora Sánchez, P. (2000). *Marco jurídico del lavado de dinero*. México: Oxford.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala. (1986). Asamblea Nacional Constituyente.

Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala. (1971). Código de Comercio.

Decreto 6-91 del Congreso de la República de Guatemala. (1991). Código Tributario.

Decreto 26-92 del Congreso de la República de Guatemala. (1992). Ley del Impuesto Sobre la Renta.

Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala. (2001). Ley contra el lavado de dinero u otros activos.

Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala. (2002). Ley de bancos y grupos financieros.

Decreto 94-2000 del Congreso de la República de Guatemala. (2000). Ley de libre negociación de divisas.