

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



**EFFECTOS DEL DELITO DE INTERMEDIACIÓN
FINANCIERA EN EL COMERCIO
DE GUATEMALA**

MILVIA YOLANDA MONROY ESPAÑA

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2006.

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

**EFFECTOS DEL DELITO DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA EN EL COMERCIO
DE GUATEMALA**

TESIS

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

Por

MILVIA YOLANDA MONROY ESPAÑA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2006.

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



DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Oscar Mauricio Villalta González
Vocal: Lic. Héctor Antonio Roldán Cabrera
Secretario: Lic. Luis Efraín Guzmán Morales

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Francisco Vásquez Castillo
Vocal: Lic. Gustavo Cárdenas Díaz
Secretario: Lic. Alvaro Hugo Salguero Lemus

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenidas en la tesis”. Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

LIC. ALVARO HUGO VILLEDA GUERRA
ABOGADO Y NOTARIO
1ª. Calle 3-88 zona 1, Jalapa
Colegiado: 3159
Teléfono. 7922-5162



Jalapa, 27 de marzo de 2006.-

Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Respetable Licenciado:

En cumplimiento de la providencia emitida por esa Unidad de Asesoría de Tesis el día dieciocho de agosto de dos mil cinco, hago de su conocimiento que procedí a asesorar la Tesis presentada por la estudiante **Milvia Yolanda Monroy España**, quien desarrolló el tema: **"Efectos del delito de intermediación financiera en el comercio de Guatemala"**, por lo cual emito el presente dictamen.

Considero que el trabajo desarrollado por la estudiante aludida, reúne los requisitos de actualidad, importancia académica y originalidad, por cuanto trata el tema con bastante amplitud, generando con ello un gran aporte para estudiantes y profesionales del Derecho.

El trabajo objeto de análisis fue elaborado observando los requerimientos académicos de nuestra casa de estudios, y su investigación se efectuó desde varios puntos de vista, analizando el delito de intermediación financiera dentro del comercio guatemalteco de manera amplia.

En virtud de lo anterior, dictamino que la Tesis referida, reúne la calidad exigida por nuestra Casa de Estudios para que pueda proseguir con el trámite respectivo.

Me suscribo de usted, deferente servidor.


Lic. Alvaro Hugo Villeda Guerra
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES. Guatemala, treinta de marzo de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO MARIO FRANCISCO GARCIA PINEDA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **MILVIA YOLANDA MONROY ESPAÑA**, Intitulado: **"EFECTOS DEL DELITO DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA EN EL COMERCIO DE GUATEMALA"**.

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


LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZAR
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MIAE/slh

Mario Francisco García Pineda
Abogado y Notario
Colegiado 4223
20 calle 2-26 zona 1
Teléfono 22382774
Celular 54068907



Guatemala, 14 de junio de 2006.

Señor
Mario Ismael Aguilar Elizardi
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Su Despacho.



Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de hacerle llegar el dictamen respecto al trabajo de Tesis Intitulado "**EFFECTOS DEL DELITO DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA EN EL COMERCIO DE GUATEMALA**", que fue elaborado por la Bachiller **MILVIA YOLANDA MONROY ESPAÑA**, para lo cual fui designado como Revisor por su persona, según resolución de fecha treinta de marzo de dos mil seis, emanada de su despacho.

El trabajo anteriormente relacionado cumple con todos los requisitos de forma y fondo exigidos por el reglamento respectivo, debido a que hace un comentario de tipo general sobre el delito relacionado, así como ha profundizado sobre la problemática que presenta la aplicación del Delito de Intermediación Financiera, en el comercio de de Guatemala, para lo cual realizó las reformas sugeridas, y consultó las fuentes bibliográficas, adecuadas que le fueran indicadas en su oportunidad, para arribar a sus conclusiones y recomendaciones, por lo que considero que la misma debe ser **APROBADA**, la cual puede ser una buena fuente de consulta para quienes deseen profundizar sobre el tema.

En virtud de lo manifestado anteriormente considero oportuno darle el **DICTAMEN FAVORABLE** al presente trabajo, para que se le nombre el Revisor de la Comisión de Estilo, correspondiente para lo que proceda.

Sin otro particular me es grato suscribirme del señor Jefe De La Unidad De Asesoría De Tesis,

DEFERENTEMENTE

MARIO FRANCISCO GARCIA PINEDA
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, siete de agosto de dos mil seis.-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del (a) estudiante **MILVIA YOLANDA MONROY ESPAÑA**, titulado **EFFECTOS DEL DELITO DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA EN EL COMERCIO DE GUATEMALA**, Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/slh





DEDICATORIA

- A DIOS: Por haberme dado la vida e iluminado mi camino, para tomar decisiones en momentos difíciles y afrontar los resultados.
- A MIS PADRES: Yolanda España y Efraín Monroy, por su cariño y apoyo incondicional, sin el cual no hubiera podido alcanzar mis sueños.
- A MI ABUELITO
FABIO ESPAÑA: Gracias por su cariño y sabios consejos.
- A MIS HERMANOS: Walfer, Selvin, Osman, Marilyn y Fabio; gracias por su cariño y porque cada día me enseñan nuevas facetas de lo que significa tener una familia.
- A MI SOBRINA: Valerie, por la alegría que me brinda.
- A MI CUÑADA: Evelyn García de Monroy, por su cariño.
- A MIS TIOS: Especialmente a Elvira Monroy y Jesús España, en momentos difíciles.
- A MIS PRIMOS: Gracias por su cariño, en especial a familia Aceituno Mendizábal.
- A MIS AMIGOS: Por nuestros triunfos, desvelos, alegrías y tristezas
- A LA UNIVERSIDAD
DE SAN CARLOS: Por haberme enseñado más que derecho, una filosofía para la vida.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Intermediación financiera	1
1.1 Definición legal del delito de intermediación financiera.....	1
1.2 Antecedentes históricos de la intermediación financiera y del delito de intermediación financiera.....	2

CAPÍTULO II

2. Delito de intermediación financiera.....	9
2.1. Los elementos del delito.....	10
2.1.1. La acción.....	11
2.1.2. La tipicidad.....	16
2.1.3. La antijuricidad.....	21
2.1.4. La culpabilidad.....	23
2.1.5. La punibilidad.....	26
2.2. La participación en el delito.....	28
2.2.1 Concepto unitario de autor.....	28
2.2.2 Concepto dualista.....	28
2.2.3 Diferencia entre autoría y participación.....	29

CAPÍTULO III

3. La intermediación y la actividad financiera como actos de comercio.....	33
3.1. La intermediación.....	33
3.1.1 La actividad financiera.....	34
3.2. Intermediación financiera.....	36



Página

3.3. ¿Cómo funciona la intermediación financiera?.....	36
3.3.1. Concepto de ahorro.....	39
3.4. Alternativas para la financiación de empresas.....	40
3.5. Algunas experiencias del desarrollo de la intermediación financiera de la banca de fomento.....	41
3.6 La intermediación financiera multiplica el desarrollo del país.....	44

CAPÍTULO IV

4. Ubicación del delito de intermediación financiera en el ordenamiento jurídico guatemalteco.....	47
4.1. ¿En qué consiste la intermediación financiera?.....	49
4.2. Funciones de la intermediación financiera.....	50
4.3. La importancia de la intermediación financiera.....	52
4.4. Las instituciones de intermediación financiera.....	54
4.4.1. La Superintendencia de Instituciones de Intermediación Financiera es el agente regulador del sistema financiero en nuestro país.....	54
4.4.2. La intermediación financiera a mediano y largo plazo.....	54
4.4.3. Desarrollo del mercado financiero.....	56
4.5. Delito de intermediación financiera.....	57
4.6. Entidades de intermediación financiera y actividades financieras en la décima novena cumbre de presidentes centroamericanos.....	58

CAPÍTULO V

5. El delito de intermediación financiera y la libertad de comercio.....	63
5.1. El delito de intermediación financiera y el derecho de igualdad.....	69
5.2. Entidades de intermediación financiera.....	72
5.2.1. Bancos en sentido estricto.....	72
5.2.1.1. La actividad bancaria.....	72
5.2.1.2. Los bancos como sociedades anónimas.....	73
5.2.1.3. Banca off shore.....	74



Pág

5.2.2. Otras entidades de intermediación financiera.....	74
5.2.2.1. Casas financieras.....	74
5.2.2.2. Instituciones financieras externas.....	74
5.2.2.3. Las cooperativas de intermediación financiera y bancos cooperativos.....	75
5.2.2.4. Administradoras de grupos de ahorro previo.....	75
5.2.2.5. Bolsa de valores.....	77
5.2.2.6. Empresas administradoras de crédito.....	77

CAPÍTULO VI

6. Efectos del delito de intermediación financiera en el comercio de Guatemala.....	79
6.1. Como efecto de la comisión del delito de intermediación financiera da como resultado la creación de instituciones y sistemas financieros.....	79
6.2. Como resultado de este delito el Estado se ve en la necesidad de crear instituciones que controlen esta actividad.....	81
6.3. Control de la Superintendencia de Bancos como resultado de la comisión del delito de intermediación financiera.....	83
6.4. La agenda legislativa 2006 y su relación con el delito de intermediación financiera.....	83
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89



INTRODUCCIÓN

Las instituciones de intermediación financiera son conscientes de que pueden verse inadvertidamente involucradas en actos ilícitos y que pese a no ser el sistema financiero, la única vía utilizada por las organizaciones criminales para canalizar el producto de sus actividades delictivas, tiene aquél un particular nivel de riesgo.

La integración creciente de los sistemas financieros del mundo, los avances tecnológicos y el incremento de la diversidad de estrategias criminales, han potenciado la vulnerabilidad de las instituciones financieras.

La utilización de las entidades financieras para el blanco del producto de actividades criminales pone en serio peligro la solidez y estabilidad de las propias instituciones, así como la credibilidad del sistema financiero en general, pudiendo acarrear una pérdida de confianza del público, de los inversionistas y, en última instancia, afectar la imagen del país en su conjunto.

La integración creciente de los sistemas financieros mundiales, la facilidad de transferencias electrónicas de fondos, la remoción de barreras para la libre circulación de capital, entre otros elementos, han incrementado la posibilidad de que movimientos financieros de origen ilícito puedan en algún momento pasar por las instituciones de intermediación financiera.

El foco central de esta investigación se refiere a los efectos que puede producir el delito de intermediación financiera en el comercio de Guatemala. Para lo cual se plantean los siguientes objetivos: Determinar cómo se origina el delito de intermediación financiera, señalar en qué consiste el delito de intermediación financiera y los elementos que lo distinguen; establecer en dónde se tipifica el delito de intermediación financiera en la legislación guatemalteca; analizar los límites del comercio guatemalteco; y determinar cómo ha respondido el Estado frente a la comisión del delito de intermediación financiera.



Es difícil encontrar dichos efectos cuando en realidad se ha hablado poco del tema en nuestro medio. Así como también es difícil establecer de qué forma se comete el delito de intermediación financiera.

La elaboración de este estudio no fue fácil, ya que durante la investigación documental pude notar que se ha escrito poco material acerca del delito de intermediación financiera en nuestro país; la hipótesis que me formule para realizar el estudio consiste en que uno de los efectos del delito de intermediación financiera dentro del comercio de Guatemala es la quiebra de pequeñas y medianas empresas, para la verificación de mi hipótesis utilicé el método deductivo, partiendo de que el delito de intermediación financiera se lleva a cabo por un intermediario, la cual puede ser una persona individual o jurídica, que sin estar autorizada de conformidad con la ley, realiza de manera habitual, en forma pública o privada, actividades que consistan en la captación de dinero, o cualquier instrumento representativo del mismo, del público; tales como la recepción de depósitos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, destinándolo al financiamiento de cualquier naturaleza, sin importar la forma jurídica que adopten dichas captaciones y financiamientos. Los métodos inductivo y analítico, se utilizaron para estudiar cuáles son las causas, naturaleza y los efectos del delito de intermediación financiera en el comercio de Guatemala.

También se recurrió a la técnica de fichas bibliográficas, para conservar la poca información encontrada. De tal manera que la recolección de datos es mínima y posible en nuestro medio.

El estudio se inicia en el capítulo uno, con una breve reseña histórica del delito de intermediación financiera, ya que es imprescindible saber la génesis de dicho delito; el capítulo dos, con la propia intermediación financiera, los elementos del delito y la participación en el delito, para establecer en qué consiste el delito de intermediación financiera y cuando estamos participando en la comisión de dicho delito. El capítulo tres se refiere a la intermediación financiera y la actividad financiera como actos del comercio, debido a la importancia de intermediación financiera, sus



funciones y en qué consiste; en el capítulo cuatro se escribe la ubicación del delito de intermediación financiera en el ordenamiento jurídico guatemalteco, ya que dentro de este tema se define el delito; el capítulo cinco trata de la intermediación financiera y la libertad del comercio, que es de mucha importancia por ser fundamental en el estudio y las conclusiones; y, por ultimo, en el capítulo seis, se mencionan los efectos del delito de intermediación financiera en el comercio de Guatemala, el cual es de gran importancia porque en este capítulo se observa cómo ha respondido el Estado frente a la comisión de dicho delito.



CAPITULO I

1. Intermediación financiera

Entendemos por intermediación financiera la captación de dinero que hace una persona individual o jurídica para luego ponerlo en circulación en forma de préstamos, mutuos, etc. ganando así intereses o cualquier otro beneficio. Ya sea en favor de la persona propietaria del dinero o en beneficio del intermediario.

La Ley de Bancos y Grupos Financieros en el artículo 3 regula que la intermediación financiera consiste en la realización habitual, en forma pública o privada, de actividades que consistan en la captación de dinero, o cualquier instrumento representativo del mismo, del público, tales como la recepción de depósitos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, destinándolo al financiamiento de cualquier naturaleza, sin importar la forma jurídica que adopten dichas captaciones y financiamientos.

1.1. Definición legal del delito de intermediación financiera

La Ley de Bancos y Grupos Financieros en el Artículo 96 regula: “Comete delito de intermediación financiera toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera, que sin estar autorizada expresamente de conformidad con la presente ley o leyes específicas para realizar operaciones de tal naturaleza, efectúa habitualmente en forma pública o privada, directa o indirectamente, por si misma o en combinación con otra u otras personas individuales o jurídicas, en beneficio propio o de terceros, actividades que consistan en, o que se relacione con, la captación de dinero del público o de cualquier instrumento representativo de dinero, ya sea mediante la recepción de especies monetarias, cheques, depósitos, anticipos, mutuos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, incluyendo operaciones contingentes, destinando dichas captaciones a negocios de crédito o financiamiento de cualquier naturaleza, independientemente de la forma jurídica de formalización, instrumentación



o registro contable de las operaciones. En el caso de personas jurídicas responsables de este delito los administradores, gerentes, directores y representantes legales...”¹

1.2 Antecedentes históricos de la intermediación financiera y del delito de intermediación financiera.

El sistema de intercambio o trueque de mercancías impulsó al hombre a solicitar crédito para sus actividades agrícolas a otras personas, quienes por lo general eran representantes de la iglesia.

El hecho descrito constituye un caso clásico de intermediación financiera que ilustra claramente el proceso de captación de recursos monetarios. Más importante aún es observar que hace 4000 años quedaban definidas las principales funciones de una intermediaria financiera las cuales fueron: Custodia de fondos, transferencia de fondos y concesión de crédito.²

La intermediación financiera apareció y floreció en diferentes regiones a medida que las actividades agrícolas o comerciales se fueron arraigando y generalizando en diferentes partes del mundo.

A través del tiempo surgió la banca moderna con instituciones que ejercen la intermediación monetaria atendiendo a todo cliente que se acercara en su mayoría, a título individual.

Otras industrias aparte de la netamente financiera, han dado origen a nuevos sistemas de concesión de crédito de transferencia de fondos y de uso de medios de pago.

¹ Ver Artículo 96 Decreto 19-2002. **Ley de Bancos y Grupos Financieros**. Pág. 29

² Martínez Gálvez, Arturo. **Derecho bancario**. Pág. 85



Durante la Época Colonial, en los Estados Unidos surgió el crédito para compras al detalle como resultado de la escasez de circulante, pero no fue sino 200 años después que se introdujo el concepto de intermediación financiera y crédito.

“Por su parte en Guatemala el Decreto Trescientos Quince (315) del Congreso de la República Ley de Bancos aprobado el cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis fue el primer cuerpo legal destinado a la regulación y supervisión del sistema bancario en Guatemala.”³

Dicho cuerpo legal en su único considerando regula: Que es indispensable para el mejor logro de los objetivos fundamentales de la reforma monetaria y bancaria dictar nuevas normas a las actividades de las instituciones de crédito y poner a éstas en capacidad de servir con mayor eficacia a los fines de fomento a la producción y de asegurar los intereses del público acreedor.

Se puede apreciar del considerando citado, que el espíritu de la Ley de Bancos era de carácter técnico, regulaba específicamente la actividad de las instituciones bancarias del país.

“La Ley de Bancos, tuvo reformas, como cualquier otra ley, pero ninguna de éstas alteraron el carácter eminentemente técnico de la misma. El sistema bancario de Guatemala, estuvo regulado por una Ley de Bancos, que interfería poco en su actividad cotidiana, que era la de captar y colocar recursos del público.

El marco jurídico que regulaba la actividad bancaria en el país se mantuvo casi estático por casi 52 años. No fue sino hasta 1998 y 1999, que el marco jurídico que regula la actividad bancaria en el país empezó a sufrir una transformación drástica, con la creación de la ley de bancos acorde a la realidad social, para resolver problemas de actualidad que la ley anterior no regulaba como ejemplo el delito de intermediación financiera.

³ Está información fue encontrada en el 24 de noviembre de 2005 en www.congreso.gob.gt/38/k.



La ley de referida sufrió reformas que limitaron la actividad bancaria. Las reformas introducidas obedecieron a una crisis financiera que surgió a finales de 1998 y sus efectos se prolongaron durante los primeros meses del siguiente año.”⁴

La crisis provocó la insolvencia de muchas instituciones no reguladas ni supervisadas directamente por los diferentes regentes del sistema financiero guatemalteco.

La situación provocó que muchos guatemaltecos perdieran no sólo sus ahorros o gran parte de sus ingresos y sociedades perdieron parte de su capital.

La pérdida irreparable del dinero provocó que los guatemaltecos afectados, en lugar de asumir la pérdida como cualquier otra pérdida comercial, empezaron a exigir del Gobierno un reembolso de su dinero, la persecución penal de los responsables y la inclusión de normas drásticas que según ellos evitaría que tales circunstancias se repitieran en el futuro. Guatemala presentaba en ese entonces, un mercado bursátil pujante. Debido a que la ley de bancos no regulaba a la intermediación financiera como delito muchos guatemaltecos sufrieron pérdidas en su patrimonio, y el estado no podía hacer nada para resarcir el daño que se había causado pues se encuadraba como un caso de estafa y los responsables de estos daños se ausentaron del país debido a que la ley otorga a estos responsables medidas sustitutivas contenidas en el código procesal penal pues era un caso de estafa.

Las personas estaban comprometidas con ese mercado, lo proclamaban y lo recomendaban a todos cuantos conocían. El mercado bursátil presentaba todos los elementos necesarios para ser un mercado sólido en el futuro.

Diferentes personas y sociedades acudían a él para obtener recursos del público sin la necesidad que interviniera una institución bancaria, que en la mayoría de los casos encarecía la obtención de recursos.

⁴ Está información fue encontrada el 24 de noviembre de 2005, en www.congreso.gob.gt/38/k.



Al inversionista le eran atractivas las altas tasas de interés que ofrecían los diferentes participantes del mercado bursátil.

La motivación se extendió a todos los rincones del mercado de capitales. De esta expansión, surgieron diferentes Financieras, que no eran parte de ninguna de las dos Bolsas de Valores que operaban en el país, pero ofrecían diferentes productos al público a través de las mismas.

Fueron estas Financieras las que ofrecían tasas de interés, algo fantasiosas a nuestro parecer, las que hicieron que los “inversionistas” depositaran en ellas grandes cantidades de dinero, que al principio les rindió los intereses prometidos, pero que al momento en que las financieras no pudieron hacerle frente a las obligaciones, retiraran en masa, el dinero invertido, lo que provocó primero iliquidez de las financieras, la que vino seguida por una insolvencia generalizada.⁵

Esa circunstancia provocó que los inversionistas, que tenían depositado su dinero en instituciones que operaban al margen de cualquier regulación, exigieran del Gobierno una reestructuración legislativa, con el objeto de impedir que semejante atrocidad volviera a ocurrir en Guatemala.

El reclamo popular fue escuchado por el Gobierno central y por el Organismo Legislativo, quienes reaccionaron en forma impulsiva, introduciendo reformas drásticas a la Ley de Bancos, decretando la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, creó el Registro del Mercado de Valores y Mercancías.

Dicha postura adoptada por el Gobierno, es opuesta a la naturaleza misma de la actividad financiera, ya que como se analizara es una actividad comercial. El Estado no debe intervenir, únicamente debe ser un observador y brindar una seguridad jurídica a la población

⁵ Está información fue encontrada el 24 de noviembre de 2005, vea www.congreso.gob.gt/38/k.



Las reformas introducidas a la Ley de Bancos estaban contenidas en el Decreto legislativo veintiséis guión noventa y nueve (26-99) del Congreso de la República. El decreto mencionado incluyó entre otros, el delito de intermediación financiera, el que, quedó plasmado en el Artículo ciento tres (103) de la Ley de Bancos. La figura delictiva impedía un libre desarrollo del mercado financiero.

El delito de intermediación financiera establecía en su artículo 103: Comete delito de intermediación financiera toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera, que sin estar autorizada expresamente de conformidad con la presente ley o leyes especiales para realizar operaciones de tal naturaleza, efectúa habitualmente de forma pública o privada, directa o indirectamente, por sí misma o en combinación con otras personas individuales o jurídicas, actividades que consistan en la captación de dinero del público, ya sea mediante recepción de depósitos, anticipos, mutuos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, canalizándolo a negocios de crédito o financiamiento de cualquier naturaleza, independientemente de la forma jurídica de formalización, instrumentación o registro contable de las operaciones.

Al analizar la inclusión de un delito dentro de una ley eminentemente técnica que es cometido por todas aquellas personas que no realizan la actividad regulada dentro de la ley, a la luz de la técnica jurídica legislativa, se aprecia que existe una contradicción.

Cabe recordar, que como se dijo con anterioridad, las leyes eminentemente técnicas se aplican a todas aquellas personas que realizan determinada actividad, pero en el presente caso los legisladores, incluyeron dentro de la ley que regulaba la actividad bancaria en el país, un delito que a los únicos que no se le aplicaba eran a los que realizaban la actividad bancaria. Es decir, las personas que podían cometer el delito no les aplicaba la Ley de Bancos ya que el delito era claro, “todas aquellas personas que no estuvieren autorizadas por dicha ley”.



La exposición de motivos del Decreto veintiséis guión noventa y nueve, (26-99) que es el Decreto que creó la figura delictiva, regula: Debido a que el sistema bancario del país sufrió un revés debido a la falta de regulación y vigilancia que se ejerce sobre las instituciones que participan activa y pasivamente en el sistema bancario, se deduce que la figura delictiva fue creada para evitar un próximo colapso del sistema financiero del país, y considerando la importancia que envuelve la solidez que pueda presentar dicho sistema, resulta imperativa la creación del delito.

En mil novecientos noventa y nueve, la comisión del delito se centraba en la captación de dinero del público a través de las diferentes formas de poder formalizar la existencia de deudas con el fin de proporcionar financiamiento de cualquier naturaleza al público.

En mil novecientos noventa y nueve se consideraban delincuentes a los comerciantes que ofrecían sus bienes y servicios a los consumidores por medio de un financiamiento; su actividad comercial estaba limitada, lo que se puede ver como una violación a su derecho constitucional de ejercer el libre comercio.

Profundizar en analizar las deficiencias técnicas y cuestionables disposiciones que presentaba aquella figura delictiva no es necesario.⁶ La legislación bancaria que impera en el país en los últimos meses ha sufrido cambios. El Decreto 315 Ley de Bancos, ya quedó como un cuerpo legal en la historia, su vigencia fue derogada por el decreto cuatro guión dos mil dos (4-2002), Ley de Bancos y Grupos Financieros.

La Ley de Bancos (4-2002), que estuvo vigente por un período fugaz, presentaba las mismas deficiencias técnicas que su antecesora. Incluía dentro de su articulado la figura del delito de intermediación financiera, en el artículo 85.

Detenerme a analizar cómo se presentaba en el nuevo Decreto el delito no es necesario, ya que como se dijo antes la vida jurídica del mismo fue fugaz,

⁶ Pues lo que me interesa analizar es el delito de intermediación financiera.



aproximadamente tres meses. La Ley de Bancos y Grupos Financieros fue derogada por el Decreto diecinueve guión dos mil dos (19-2002), que es la Ley de Bancos y Grupos Financieros que actualmente regula la actividad bancaria.



CAPÍTULO II

2. Delito de intermediación financiera

La legislación guatemalteca no define el término delito. Es por ello que resulta importante el estudio de la doctrina de los autores para lograr una definición que pueda ilustrar al lector los diferentes elementos que componen el delito.

Definir el término delito, según la doctrina, es imperativo. Lo que pretendo es ilustrar al lector, cómo una nueva conducta realizada por diferentes miembros de la sociedad llega a ser considerada como delito por los legisladores, y por tal razón resulta una actividad ilícita, misma que lleva aparejada una pena.

La definición de delito nos ayuda a comprender el cómo, cuándo y por qué una actividad nace como delito, para ello debemos conocer la teoría jurídica del delito.

Manuel Ossorio en su diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales define el término delito de la siguiente manera: “El acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.⁷

Tomando como punto de partida el concepto anterior, se pueden citar a tratadistas del derecho penal, al momento de conceptualizar el término delito.

Los conceptos de los siguientes tratadistas fueron citados por los autores *Héctor Aníbal de León Velasco* y *José Francisco de Mata Vela* en su libro *Derecho penal guatemalteco*:

Luis Jiménez de Asúa dice: “El delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se

⁷ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 290



haya conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella. *José María Rodríguez Devesa* dice: El delito es una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una pena.

Raúl Carrancá y Trujillo dice: El delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una acción penal.

Sebastián Soler dice: El delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal. *Carlos Fontán Balestra* dice: “El delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.”⁸

Se puede apreciar que los conceptos enunciados en los párrafos anteriores coinciden con que delito es una acción, típica, antijurídica, culpable, sancionada con una pena y en algunos casos hacen referencia a situaciones objetivas que deben ser tomadas en cuenta al momento de imponer la pena.

Se puede desprender de lo anotado, que para entender el concepto de delito es necesario hacer una enumeración y breve descripción de cada uno de los elementos que forman el concepto de delito.

2.1. Los elementos del delito

- Elementos positivos:

Son aquellos elementos que es necesario que concurren todos y cada uno de ellos para que se considere que la conducta si constituye delito, siendo la acción, tipicidad, antijurídidad, culpabilidad y punibilidad.

⁸ de Mata Vela, José Francisco. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 136



- Elementos negativos:

Son aquellos elementos que con que concurra uno de ellos la conducta del ser humano no se considera un delito.

Falta de acción, atipicidad, causas de justificación, causas de inculpabilidad y falta de punibilidad.

Todo intento de definición del delito siempre va aparejado a una enumeración de elementos que forman a la figura del delito, y el presente caso no es excepción.

Cabe la aclaración que por ser éste un capítulo de introducción no se puede desarrollar a fondo cada uno de los elementos y las diferentes teorías que han surgido en relación con este punto.

Se desarrollarán aquellos elementos que se repiten en las diferentes teorías para poder llegar a una conclusión que sea suficiente para la comprensión de los siguientes capítulos.

2.1.1 La acción

Irma Amuchategui define la acción de la siguiente forma: “La acción consiste en actuar o hacer; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales mecanismos e incluso mediante personas”.⁹

La acción puede ser definida también de la siguiente forma: “La acción en sentido amplio, es todo comportamiento derivado de la voluntad del hombre; y la voluntad implica siempre una finalidad; la acción es, por eso, siempre ejercicio de una voluntad final. La dirección final de la acción se realiza en dos fases, una interna que

⁹ Amuchategui Requena, Irma G. **Derecho penal**. Pág. 49



ocurre siempre en la esfera del pensamiento, en donde el autor se impone la realización del fin, y selecciona los medios, y otra externa u objetiva, en la que realiza lo planeado en el mundo externo”.¹⁰

Se puede apreciar de los conceptos enunciados, que la acción puede ser considerada únicamente como el acto, la exteriorización de una voluntad, o bien, se puede considerar como una suma de elementos, el interno y el externo. El interno se refiere al pensamiento o al deseo, y el externo a la realización del deseo o del pensamiento.¹¹

Es obvio, que para que una acción sea considerada como delito, ésta se debe exteriorizar. Se debe llevar a cabo por el sujeto para que la acción pueda ser enmarcada dentro de las figuras penales tipificadas dentro de la ley penal.

Tal aseveración, nos obliga a ver la acción no como un elemento único, se debe considerar en conjunto, con los demás elementos positivos para poder determinar la existencia o no de un delito.

Para que una acción pueda ser sancionada o cuestionada de antijurídica, es necesario que la misma se lleve a cabo, no es suficiente que el responsable únicamente sienta el deseo de actuar de determinada manera, se necesita que actúe, para que pueda ser sometido a un proceso penal y se le pueda imponer la sanción determinada.

Existen dos formas de la acción:

a) Acción por comisión:

Existe comisión cuando la conducta del ser humano se constituye en hacer, es decir se da una conducta activa. Por ejemplo cuando en nuestra legislación establece

¹⁰ Diez Ripollés, José Luís. **Manual de derecho penal guatemalteco**. Pág. 143

¹¹ Muñoz Conde, Francisco. **Teoría General del Delito**. Pág. 9



en su artículo 123 comete homicidio quien diere muerte a alguna persona, aquí la persona debe realizar la conducta establecida en la ley, o sea dar muerte a otra persona constituyendo así una conducta activa.¹²

b) Acción por omisión:

El comportamiento humano no se agota con el ejercicio activo de la finalidad, sino que tiene también un aspecto pasivo, constituido por la omisión. Este aspecto pasivo del actuar humano puede ser penalmente relevante.

El derecho penal no solo contiene normas prohibitivas sino también, aunque en menor medida, normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos. La infracción de estas normas imperativas es lo que constituye la esencia de los delitos de omisión.

La acción social y jurídicamente relevante está referida siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su esencia. No existe una omisión en sí sino, siempre y en todo caso la omisión de una acción determinada. Omisión no es un simple no hacer nada, sino no realizar una acción que el sujeto está en situación de poder hacer. Un ejemplo claro que esta contenido en nuestra legislación es el artículo 156 en donde se establece la omisión de auxilio, que en este caso el sujeto activo es quien encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años; a una persona herida, inválida o amenazada de inminente peligro, omitiere prestarle auxilio necesario, según las circunstancias, cuando pudiera hacerlo sin riesgo personal.

Todas las cualidades que constituyen la acción en sentido activo (finalidad y causalidad) estas teorías que analizan a la acción la primera que establece que lo que se debe analizar es el fin por el cual una persona actuó de determinada manera y la segunda que se refiere a analizar la causa de su conducta no importando el fin, deben

¹² Artículo 123. Decreto 17-73 Código Penal. Pág. 38



estar a disposición del sujeto para poder hablar de omisión. Existen dos clases de omisión; la propia y la impropia.¹³

La primera está constituida por la simple infracción de un deber de actuar. En él deber de actuar surge en el plano objetivo, de la presencia de una situación típica (persona desamparada y en peligro manifiesto y grave) que exige una intervención. La no intervención (no socorrer), determina el cumplimiento de los elementos objetivos del tipo injusto de este delito omisivo, al que suelen añadirse otros elementos que delimitan el ámbito de exigencia. La segunda de comisión por omisión es un delito de resultado, en el que el resultado producido debe ser imputado al sujeto de la omisión.¹⁴

Además hablare de la teoría causal de la acción, la cual al derecho penal le interesa por las causas que tienen su nacimiento en la conducta humana, entre ésta y el resultado delictuoso debe existir una relación de causa y efecto, de lo cual es fácil observarse en los delitos de resultados -comisión o comisión por omisión-, pero en el caso de los delitos puros de omisión se da el problema, sin embargo se indica que existe esta relación de causalidad debido a que si no se da la ilícita inactividad del agente no hubiera llegado a producirse el delito.¹⁵

La teoría de la causalidad, se subdivide así:

- Corriente de la equivalencia de las condiciones, indicando que existe un actuar ciego;
- La causalidad adecuada: que indica que la eficacia intrínseca de la condición para producir en abstracto la condición dada.¹⁶

El Código Penal en su Artículo 10 sigue la corriente causalista, quedando entonces las argumentaciones sobre la causalidad adecuada, como las de la equivalencia de

¹³ Muñoz Conde, Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 10

¹⁴ *Ibíd.* Pág. 25

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 10

¹⁶ *Ibíd.* Pág. 18



condiciones (conditio sine qua non) expresado en el pensamiento causalista del legislador.¹⁷

Además la teoría causal de la acción nos hace referirnos a las teorías sociales de la conducta llamadas también teoría social de la acción, la cual pretende ser un puente o posición intermedia entre las teorías causal y final. Se basa en la afirmación de que no cualquier acción puede ser materia prohibida por el derecho penal, sino sólo aquellas que tienen sentido social, es decir, que trascienden a terceros, formando parte del interaccionar humano, sólo las acciones que forman parte de esta interacción pueden interesar al derecho penal, y no aquellas que no trascienden el ámbito individual.¹⁸

Además, se llega a sostener que sólo pueden ser acciones con relevancia penal las que perturban el orden social y que, por definición, deben formar parte de esa interacción.

La acción como elemento del delito de intermediación financiera sin duda alguna debe existir puesto que el derecho penal se encarga de acciones voluntarias, y toda persona que realiza la intermediación lo hace de forma voluntaria y con un fin determinado, estando en el pleno goce de sus facultades mentales, y en ningún caso puede existir el elemento negativo de la acción como la fuerza irresistible, el movimiento reflejo y el estado de inconciencia. Puesto que si existiera alguno de estos elementos no sería posible que una persona se dedicará a realizar la intermediación financiera.

Entendiendo que la fuerza irresistible es un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente, la fuerza debe ser absoluta de tal forma que no deje ninguna opción al que la sufre. La fuerza ha de provenir del exterior, es decir, de una tercera persona o incluso, más dudosamente, de fuerzas naturales.¹⁹

¹⁷ Artículo 10. **Decreto 17-73 Código Penal**. Pág.3-4

¹⁸ Muñoz Conde, Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 11

¹⁹ *Ibid.* Pág. 14



Así mismo se entiende por movimientos reflejos el estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensoriales que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores, como lo son las convulsiones epilépticas o los movimientos epilépticos.

También falta la acción en los estados de inconsciencia, tales como el sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica, etc. En estos casos los actos que se realizan no dependen de la voluntad y por consiguiente, no pueden considerarse acciones penalmente relevantes.

2.1.2. La tipicidad

Es necesario establecer qué es la tipicidad, ya que dentro del derecho penal, es éste el elemento que determina la punibilidad de las acciones.

José Francisco de Mata Vela define la tipicidad “Es la acción injusta descrita concretamente por la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal; es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la realización del hecho que se cataloga en la ley como delito. Es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto”.²⁰

Otros tratadistas han concluido que la tipicidad es la especial característica que debe tener una conducta o acción para que pueda ser considerada como delito. Esta conclusión es la que se ha obtenido del siguiente concepto de tipicidad. “Es una consecuencia del principio de legalidad, pues sólo los hechos descritos como delitos en la ley antes de su comisión pueden considerarse como tales. El tipo penal llega a ser entonces la abstracta descripción de la conducta, y tiene tres funciones principales: seleccionadora, de garantía y motivadora”.²¹

²⁰ de Mata Vela, José Francisco, **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial**. Pág. 160

²¹ Diez Ripollés, **Ob. Cit**; pág. 144



El tipo de injusto no está compuesto solo de elementos objetivos de naturaleza descriptiva o normativa. La acción u omisión subsumibles en el tipo no es un simple proceso causal ciego, sino un proceso causal regido por la voluntad.

Por eso el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva (el llamado tipo objetivo) como subjetiva (el llamado tipo subjetivo). En la primera se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan la acción típica. En la segunda, el contenido de la voluntad que rige la acción.²²

Se puede apreciar que la tipicidad es el elemento básico que se debe reunir para que una conducta pueda ser considerada como delito.

La conducta debe estar descrita como delito, antes que el sujeto la realice, para que el responsable pueda ser sometido a un proceso penal. Si la acción no está enmarcada dentro del ordenamiento jurídico, no se puede hablar de un delito.

Se puede establecer que cuando se refiere a que la tipicidad es seleccionadora, sé esta hablando que los legisladores al momento de crear figuras delictivas, seleccionan conductas que han afectado a la sociedad, y consideran que éstas deben ser sancionadas.

La Ley es garantista, ya que si una conducta no está individualizada dentro del ordenamiento jurídico penal como delito, no se puede someter a un proceso penal a sus autores.

La misma es motivadora, ya que al denominar cierta conducta como delito, motiva a los miembros de la sociedad a no cometerla ya que el simple temor a ser sancionados provoca en el ser humano un rechazo a la realización de ciertos actos.²³

²² De León Velasco, Héctor Aníbal. **Derecho Penal Guatemalteco**. Pág. 165

²³ Muñoz Conde, Francisco **Ob. Cit.** Pág.32



La tipicidad se encuentra apoyada en el ordenamiento jurídico y en especial en los preceptos constitucionales y a los siguientes principios supremos que constituyen una garantía de legalidad:

- a) Nullum crimen sine lege, significa que no hay delito sin ley (indubio pro reo).²⁴
- b) Nullum crimen sine tipo, significa que no hay delito sin tipo.
- c) Nullum poena sine tipo, significa que no hay pena sin tipo.
- d) Nullum poena sine crimen, significa que no hay pena sin delito.
- e) Nullum poena sine lege, significa que no hay pena sin ley.

Las garantías constitucionales garantizan al sujeto su libertad en tanto no exista una norma o tipo que establezca el comportamiento que se pudiera imputar.

Los tipos se pueden clasificar y presentar características distintas de acuerdo con su estructura, con el sujeto activo al cual se refieren, con el bien jurídico que buscan proteger o con el alcance de la conducta que describen.²⁵

Si nos ajustamos a su estructura formal, los tipos penales pueden ser básicos, especiales y subordinados; elementales y compuestos; autónomos y en blanco.²⁶

- Tipos básicos, conocidos igualmente como fundamentales son aquellos en los que se describe de manera independiente un modelo de comportamiento humano y, por esa razón, se aplican sin sujeción a ningún otro. Por lo regular, estos tipos encabezan cada uno de los capítulos del código y constituyen su espina dorsal; de esta especie son el homicidio simple y el hurto.

²⁴ Artículo 1 **Decreto 17-73 Código Penal**. Pág. 1

²⁵ Muñoz Conde, Francisco, **Ob. Cit.** Pág. 35

²⁶ *Ibíd.* Pág. 36



- Son especiales aquellos tipos que, además de los elementos propios del básico contienen otros nuevos o modifican requisitos previstos en el tipo fundamental; por eso se aplican con independencia de este. Es ejemplo de éste, el hurto de uso respecto del hurto propiamente dicho.
- Llámense subordinados o complementados los tipos que, refiriéndose a uno básico o especial, señalan determinadas circunstancias o aspectos que cualifican la conducta, los sujetos o el objeto descrito en estos; por esa razón no pueden aplicarse en forma independiente; su vida jurídica depende de la del tipo básico o especial al cual se refieren y los efectos de su aplicación se reflejan solo en el momento procesal de la imposición de la pena de esta clase son el homicidio agravado y el hurto cualificado.

Tanto los tipos especiales como los subordinados pueden ser privilegiados o agravados; aquellos prevén una sanción más leve que la de los básicos o los especiales de los básicos o los especiales, y estos, una de mayor gravedad debe advertirse que esta clasificación supone que en las tres categorías precedentes (tipos básicos, especiales y subordinados) se tutela el mismo bien jurídico; son, pues, formas diversas de protección de idéntico interés fundamental.²⁷

- Con el nombre de Elementales calificamos aquellos tipos que solo describen un modelo de comportamiento; se distinguen porque tienen apenas un verbo rector; son de esta categoría la fuga de presos y la violación carnal.
- Compuestos son los tipos que describen una pluralidad de conductas cada una de las cuales podría conformar un tipo distinto aunque referido al mismo bien jurídico; se identifican sin mayor dificultad porque tienen varios verbos rectores; pertenecen a esta categoría la concusión y el falso testimonio.

²⁷ Muñoz Conde, Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 36



- Son tipos Autónomos aquellos que describen un modelo de comportamiento al cual puede adecuarse directa o inmediatamente la conducta del actor, sin que el intérprete deba acudir al mismo o a otro ordenamiento jurídico para completar su significado; de esta especie son, entre otros, el secuestro y el aborto.
- Llámense tipos en Blanco aquellos cuya conducta no está integralmente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla; mientras tal concreción no se efectúe, resulta imposible realizar el proceso de adecuación típica. Desde el punto de vista estrictamente formal, pueden ser completos o incompletos; pero sustancialmente muestran un vacío conceptual que ha de ser llenado por otra disposición legal; son como cheques en blanco que esperan ser completados en su confección para que tengan valor pleno; todos ellos contienen ingredientes normativos de carácter jurídico.

En la elaboración de esta clase de tipos ha de tener especial cuidado el legislador, pues se corre el riesgo de que su norma integradora (generalmente proveniente del ejecutivo) no tenga suficiente claridad o de que sea modificada frecuentemente, con eventual violación del principio de tipicidad.

Se debe tomar en cuenta que para poder establecer la existencia del delito de intermediación financiera, como ya dije en líneas anteriores siempre tiene que existir la voluntad de una persona para poder llevarlo a cabo pues es un delito doloso, y también debe estar regulado legalmente, tal como ocurre en este caso que no se encuentra contenida en el código penal como nos pudiéramos imaginar por tratarse de un delito, sino que se encuentra regulado en la Ley de Bancos y Grupos Financieros que regulan este delito.²⁸

²⁸ Ver Artículo 96 del Decreto 19-2002 **Ley de Bancos y Grupos Financieros**. Pág. 29.



2.1.3. La antijuricidad

Los tratadistas del derecho penal, al definir la antijuricidad, se limitan a decir que es lo contrario al derecho. Es por ello que resulta necesario tomar un concepto de un diccionario jurídico para ilustrar lo que comprende este elemento del delito.

“La antijuricidad significa conducta contraria a derecho. Es uno de los caracteres esenciales positivos del delito. Actúa antijurídicamente quien contraviene las leyes penales.

Presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la ley penal. Este juicio recae sobre la acción realizada, y aunque concurren elementos fundamentalmente de carácter objetivo, en algunos supuestos y de manera excepcional también hay que tener en cuenta los subjetivos”.²⁹

Se puede apreciar del concepto anterior que la antijuricidad va ligada con la acción. Si la acción que se realiza contraviene el ordenamiento jurídico vigente, es una acción antijurídica, y como tal debe ser sancionada.

En términos generales se entiende la antijuricidad como una relación de contradicción con el orden jurídico. Esta contradicción ya se ha dado, aun de modo provisional, en cuanto se comprueba la realización del tipo.

De la definición anterior se puede apreciar que algunos tratadistas entienden la antijuricidad como parte de conjunto de elementos, se considera que la acción contraria al derecho se realizó, pero no se puede actuar sino hasta que dicha acción sea encuadrada en el tipo, o tipificación de las acciones consideradas como delitos. Se puede concluir que la antijuricidad es contrariar el ordenamiento jurídico vigente, por medio de la realización de actos que están tipificados como delito en la ley penal.

²⁹ Diccionario jurídico Espasa. Pág. 60



Debido a ello, es que ciertas acciones no son consideradas como antijurídicas en todos los países, sólo en aquellos que tienen incluida dicha acción dentro de su ordenamiento penal. En pocas palabras lo que es considerado como una acción antijurídica en Guatemala, puede que no sea considerada como tal en por ejemplo Italia.

Además hay dos clases de antijuricidad las cuales son antijuricidad formal y antijuricidad material. A la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico se le llama antijuricidad formal.

La antijuricidad no se agota, sin embargo, en esta relación de oposición entre acción y norma, sino que tiene también un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Se habla en este caso de antijuricidad material.

Antijuricidad formal y material no son sino aspectos del mismo fenómeno. Una contradicción puramente formal entre la acción y la norma no puede ser calificada de antijurídica, como tampoco puede ser calificada como tal la lesión de un bien que no este protegido jurídicamente.³⁰

La esencia de la antijuricidad es, por consiguiente, la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción.

En la medida en que no se de esa ofensa al bien jurídico no podrá hablarse de contradicción entre la norma y la acción, por ejemplo la falsificación de la firma de un personaje famoso por puro pasatiempo o la confección de una letra de cambio con fines didácticos, etc., no constituye una acción antijurídica de falsedad material, ya que el bien jurídico protegido en este delito, la seguridad en el tráfico fiduciario, no se ve afectada por estos hechos (sobre el concepto de bien jurídico)³¹

³⁰ Muñoz Conde, **Ob. Cit.** Pág. 66

³¹ Muñoz Conde, Francisco. **Ob. Cit.** Pág.66



Debemos tener claro que para que ocurra el delito de intermediación financiera como lo establecimos con anterioridad se da el elemento positivo de la acción, de la tipicidad y antijurídico porque es contrario a derecho según lo regula nuestro ordenamiento jurídico, pues las personas individuales o jurídicas, que llevan a cabo esta actividad sin autorización, en forma habitual, en beneficio propio o de terceros, actividades que consistan o se relacionen con la captación de dinero del público o de cualquier instrumento representativo de dinero; están incurriendo en el delito de intermediación financiera.

Como podemos analizar que también existen elementos negativos para poder determinar que no existe un delito, en este caso no se puede alegar que existen causas que justifican el actuar de estas personas, pues no se puede explicar que una persona actuó como intermediario por legítima defensa, por estado de necesidad, o por obediencia debida como lo establece nuestra legislación vigente.³²

2.1.4. La culpabilidad

La comisión de una acción típica y antijurídica no basta para considerar que se ha cometido delito. Es necesario que el autor haya obrado en forma culpable.

El fundamento de la culpabilidad está íntimamente ligado a las teorías que fundamentan la pena. En el derecho antiguo se concedió escasa importancia al elemento subjetivo del delito y apreciaba solamente el daño producido prescindiendo de su causalidad espiritual.³³

En el derecho germánico primitivo el resultado del hecho era decisivo, el objeto de la pena era el daño producido y no la acción culpable, ignorándose la misma por completo.³⁴

³² Artículo 24 **Decreto 17-73 Código Penal**. Pág. 10

³³ Amuchatrgui Requena, Irma. **Derecho Penal**. Pág. 45

³⁴ Amuchategi Requena, Irma. **Derecho Penal**. Pág. 55



Sin embargo, en algunas remotas legislaciones se encontraban insospechadas precursiones sobre la imputabilidad y culpabilidad con el código de Ammurabí, en el libro de Manú, pero éstas constituyen raras excepciones, ya que en aquellos tiempos prevaleciera el desconocimiento del elemento psicológico del delito.³⁵

Fue indispensable el paso del tiempo de muchos siglos para que llegara a formularse cada base fundamental del derecho penal, el principio de que sin imputabilidad y responsabilidad no se concibe la imposición de una pena. La influencia del Cristianismo y el resurgimiento del derecho romano abrieron en el campo de la penalidad un nuevo período, el de la responsabilidad moral.³⁶

Para el tratadista *Vela Treviño* la culpabilidad es: “es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta”.³⁷

Este concepto de culpabilidad refleja que para que exista culpabilidad es necesario que el sujeto que cometa el delito, pueda ser sancionado.

Entre los tratadistas del derecho penal, hay algunos que sostienen que el concepto de la culpabilidad está íntimamente ligado a la función motivadora de la norma penal, tal es el caso de *Muñoz Conde* quien indica: “Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posible; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena”.³⁸

³⁵ Angel Yagues, Ricardo. **Introducción al estudio del derecho**. Pág. 115

³⁶ *Ibíd.*. Pág. 116

³⁷ Vela Treviño, Sergio, **Teoría del delito**. Pág. 337

³⁸ Muñoz Conde, Francisco, **Teoría general del delito**. Pág. 133



Resulta de los conceptos anteriores que para lograr comprender en su máximo esplendor el término de culpabilidad es necesario exponer, de manera resumida, los diferentes elementos que componen a la culpabilidad.

En la doctrina se reconocen tres, principalmente, aunque existen tratadistas que mencionan hasta cinco. Pero la mayoría coincide en los siguientes: imputabilidad, conocimiento de la antijuricidad y exigibilidad de obediencia al Derecho.

Esto tres elementos son definidos de una manera breve por los tratadistas *Diez Ripollés y Giménez-Salinas* así: “Imputabilidad o capacidad de culpabilidad, que consiste en tener madurez física y psíquica para poder determinarse conforme lo indica la ley penal, lo que se encuentra normalmente en personas mayores de edad y mentalmente sanas; Conocimiento de la antijuricidad, esto es, el individuo debe poder conocer, aunque sea a grandes rasgos, el contenido de las prohibiciones que se encuentran en la ley, pues sólo así este individuo puede motivarse conforme a la norma; exigibilidad de obediencia al derecho, que supone que el comportamiento antijurídico se ha realizado en condiciones normales, ya que hay ciertas situaciones excepcionales en que al sujeto, aun siendo imputable y conociendo la prohibición, no se le puede exigir que obedezca las normas”.³⁹

La culpabilidad, es pues, el elemento que considera al sujeto y la acción. Si el sujeto reúne las características para poder ser sujeto dentro de un proceso, y si la acción cometida es una acción que es contraria al ordenamiento jurídico, y además la circunstancia en que se cometió no encuadra en aquellas causas de justificación reconocidas dentro del ordenamiento jurídico penal vigente.

Como podemos analizar estas circunstancias que sirven para determinar la culpabilidad de una persona, todo sujeto que lleva a cabo la intermediación financiera esta conciente de la actividad que esta llevando a cabo por lo que es un delito doloso,

³⁹ Diez Ripollés, **Ob. Cit**; pág. 147



y debe tener conocimiento del ordenamiento jurídico, pues como lo establece la Ley del Organismo Judicial ninguna persona puede alegar ignorancia ante la ley.⁴⁰

Una persona no puede justificar su actuar en la intermediación financiera, argumentado que existen algún elemento negativo de la culpabilidad como la fuerza exterior, error, omisión justificada, obediencia debida o a un miedo invencible

2.1.5. La punibilidad

Es éste el último requisito que debe cumplirse para concluir que un delito se ha dado con todos sus elementos.

Es a grandes rasgos, la pena que lleva aparejada una conducta considerada como delito dentro del ordenamiento jurídico. “Punibilidad es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole una norma”.⁴¹ Hay tratadistas que consideran a la punibilidad como elemento del delito, dicha tendencia se puede apreciar en el concepto anteriormente citado, y en los siguientes: “la punibilidad no sólo es un requisito esencial de la infracción, sino quizás el principal, puesto que sin ella, siempre existirá un injusto, pero para que ese injusto sea penal, es preciso que esté sancionado con una pena”.⁴²

La punibilidad, es pues, el sancionar una acción antijurídica, tipificada como delito, que sea imputable a un sujeto determinado, y que el sujeto pueda ser imputable.

Es la consecuencia de cometer el delito. El imponer la pena, el sancionar al responsable, son consecuencias de la punibilidad.

⁴⁰ Artículo 3, Decreto 2-89 Ley del Organismo Judicial, Guatemala. 2005.

⁴¹ Amuchategui Requena, **Ob. Cit;** pág. 90

⁴² Puig Peña, Federico, **Derecho penal**, Volumen II, pág. 194



En el caso del delito que venimos analizando, podemos determinar que va a cometer el delito de intermediación financiera toda persona individual o jurídica, que realiza una acción o conducta en forma voluntaria, que además es típico o que se encuentra descrita en la ley penal, es antijurídico que esta conducta contraria a la ley no se puede justificar, existe la culpabilidad de esta persona pues sabe de la existencia de lo legítimo, y la sociedad le puede imputar actuar de forma distinta, y así mismo la Ley de Bancos y Grupos Financieros le impone una pena.

Dicha ley establece en su Artículo 96 “El o los responsables de este delito serán sancionados con prisión de cinco a diez años incommutables, la cual excluye la aplicación de las medidas sustitutivas contempladas en el código procesal penal, y con una multa no menor de diez mil ni mayor de cien mil unidades de multa, la cual será también impuesta por el tribunal competente del orden penal.”⁴³

Y las penas accesoria simultáneamente a la imposición de la multa indicada, dicho tribunal ordenará la cancelación de la patente de comercio de las personas individuales, así como la liquidación de la personas jurídicas a que se refiere este artículo conforme al procedimiento establecido en ley; en este último caso, una vez concluida su liquidación, ordenará al Registro Mercantil la cancelación de la inscripción respectiva.

Los elementos del delito aquí descritos, son los elementos comunes considerados por los diferentes tratadistas del derecho penal aludidos.

La breve explicación realizada está enfocada para ilustrar al lector acerca de los elementos que debe reunir una conducta para que ésta sea considerada como delito, así como su definición en la forma más pura.

⁴³ Artículo 99, Decreto 19-2002, **Ley de Bancos y Grupos Financieros**. Pág.30



2.2 La participación en el delito

La concurrencia de varias personas en un mismo evento, no es un fenómeno que sólo se da en el derecho penal, sino que es algo cotidiano. Los conceptos de autor y cómplice no son conceptos creados por el Derecho Penal sino si no tomados de la vida real, de lo ontológico.

Para el tratamiento de los problemas de participación la doctrina reconoce fundamentalmente dos formas de solución:

2.2.1 Concepto unitario de autor

Dentro de este concepto se comprende como autores a todos los sujetos que prestan una contribución causal a la realización del tipo, con independencia de la importancia que corresponda a su colaboración para el conjunto del hecho.

En cuanto a la autoría, se han sostenido especialmente dos criterios. El extensivo, que autor es todo aquel que interviene en la relación causal. El restrictivo indica que autor es el que reúne los caracteres típicos para serlo.⁴⁴

Bajo este punto de vista prevalece el criterio de causalidad, reservando al juez el castigo de cada uno de los cooperadores según la intensidad de su voluntad criminal y la importancia de su contribución al hecho.

2.2.2 Concepto dualista de la participación:

La doctrina dominante y el derecho penal Alemán distinguen, cuando varias personas participan de un hecho punible, entre autoría como forma de participación principal y complicidad e inducción como formas de participación secundarias.

⁴⁴ de Mata Vela, José Francisco. **Ob. Cit.** Pág.241



Esta distinción como ha quedado dicho, desconoce el concepto o criterio unitario del autor, posibilita concebir cada contribución al hecho según corresponde a su importancia concreta y a su especial disvalor de la conducta.⁴⁵

2.2.3 Diferencia entre autoría y participación

Desde el punto de vista dogmático, es fundamental la distinción entre autoría y participación, porque este es un concepto de referencia y supone siempre la existencia de un autor principal en virtud del cual se tipifica el hecho cometido.

Las teorías que hasta la fecha se han dado para delimitar autoría y participación son diversas y todas muestran insuficiencias más o menos amplias, dada la complejidad que plantea este problema en algunos casos concretos. A continuación veremos cada una de ellas.⁴⁶

La teoría objetivo-formal, según la cual es autor quien realiza algún acto ejecutivo del delito, es insuficiente para fundamentar la autoría mediata y algunos supuestos de la realización del delito sirviéndose de un aparato de poder.

La teoría subjetiva, se basa en el ánimo concreto que el interviniente en el delito tenga. Si actúa con ánimo de autor, será autor cualquiera que sea su contribución material al delito; si actúa con ánimo de partícipe, será siempre partícipe. La regulación legal no prescinde del aspecto material de la contribución al delito, está claro que esta teoría no tiene en cuenta que el dolo del responsable de un delito no tiene nada que ver con la circunstancia de que se quiera el hecho como propio o ajeno, sino que es la conciencia y la facultad de intervenir en la realización de un delito cualquiera que sean los motivos o razones por los que lo haga.

⁴⁵ Wessels, Johan. **Derecho penal**. Pág. 148

⁴⁶ Muñoz Conde, Francisco, **Ob. Cit.**, Pág. 155



El criterio objetivo-material puede ser el del dominio final del acto, mantenido por los finalistas. Según este criterio, es autor quien domina finalmente la realización del mismo, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización. El criterio objetivo-material viene a precisar con mayor nitidez el concepto de realización del tipo como elemento determinante de la autoría, llevándola más allá de la simple ejecución del hecho a otras formas de realización del mismo, bien directamente, bien por medio de otro sirviéndose de él como instrumento.

A la teoría del dominio del hecho también se le ha denominado Teoría final objetiva, según algunos autores, esta tiene en gran parte su origen en la teoría finalista de la acción, según *Blei* citado por Jescheck.⁴⁷

Según esta teoría la actuación de un sujeto en el delito puede darse como autor, en el supuesto de que el sujeto domine el hecho o bien como cómplice en el caso de que se coopere en la realización de un delito, en tanto que la inducción se constituye en una forma de participación secundaria por la cual un sujeto provoca o crea en otro la resolución o decisión de cometer un delito.

No puede haber complicidad en delitos culposos, toda vez que no se puede prestar ayuda para la comisión de un delito cuando nadie ha imaginado la comisión del mismo por falta de voluntad. Cabe señalar que los autores alemanes y la mayor parte de la doctrina moderna consideran que la Teoría del dominio del hecho es la teoría que define la diferencia entre autoría por un lado y complicidad y la inducción por el otro.

En materia de participación nuestro código penal, toma en cuenta el concepto dualista de la participación, pues considera responsables de delitos a los autores y a los cómplices, siendo autores según el artículo 36:

⁴⁷ Jescheck, Hans Heinrich, **Tratado de derecho penal**. pág. 898



- Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito. Aquí claramente vemos que se regula la autoría inmediata, o sea, aquellos que realizan de propia mano el tipo pena.
- Quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo.
- Quienes cooperan a la realización del delito con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer.
- Quienes habiéndose concertado con otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación.

El mismo cuerpo legal, establece en su artículo 37 quienes serán considerados como cómplices:

- Quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer el delito.
- Quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito.
- Quienes proporcionaren informes o suministraren medios adecuados para realizar el delito.
- Quienes sirvieren de enlace o actuaren como intermediarios entre los partícipes para obtener la concurrencia de estos en el delito.

La Ley de Bancos y Grupos Financieros establece que será responsable del delito de intermediación financiera toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera, que sin estar autorizada expresamente de conformidad con la ley, efectúe habitualmente en forma pública o privada directa o indirectamente, por si misma o en combinación con otra u otras personas individuales o jurídicas, en beneficio propio o de terceros, actividades que consistan en, o que se relacionen con, la captación de dinero del público o de cualquier instrumento representativo de dinero, ya sea mediante recepción de especies monetarias, cheques, depósitos, anticipos, mutuos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, incluyendo operaciones contingentes, destinando dichas captaciones de crédito o financiamiento de cualquier naturaleza, independientemente de la forma jurídica de formalización, instrumentación o registro contable de las operaciones.



Tomando en cuenta que la Ley de Bancos y Grupos Financieros establece que cometerá el delito de intermediación financiera tanto a autores como a los cómplices, cuando establece quienes efectúe habitualmente en forma pública o privada directa o indirectamente, por sí misma o en combinación con otra u otras personas individuales o jurídicas, en beneficio propio o de terceros, actividades que consistan en, o que se relacionen con, la captación de dinero del público o de cualquier instrumento representativo de dinero.

Nuestra legislación penal en su artículo 65 establece la forma como se fijará la pena, el juez o tribunal determinará, en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste y de la víctima, el móvil del delito, la extensión e intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en el hecho apreciadas tanto por su número como por su entidad o importancia. El juez o tribunal deberá consignar, expresamente, los extremos a que se refiere el párrafo que antecede y que han considerado determinantes para regular la pena.



CAPITULO III

3 La intermediación y la actividad financiera como actos de comercio

Para lograr enmarcar las actividades de, intermediación y financiera, dentro del comercio resulta necesario encontrar el origen de cada una de ellas. Es importante que dentro de este capítulo definamos los términos, con el fin de lograr abarcar los extremos necesarios para que en los próximos capítulos se pueda hacer referencia a los mismos.

Es necesario hacerlo, no sólo en su acepción común, sino también, según su aplicación dentro de la economía, comercio y el derecho

3.1. La intermediación

El Diccionario de la Real Academia Española define al intermediario como el que media entre dos o más personas, y especialmente entre el productor y el consumidor de géneros o mercancías; y así se dice de los traficantes, acaparadores, proveedores, tenderos, tablajeros, etc.⁴⁸

Se puede apreciar que el uso común del término intermediación, hace referencia a una actividad que implica comercio. Una persona pone en contacto a otra, al productor con el consumidor.

En el lenguaje común al pensar en intermediación se piensa en comercio.

En términos jurídicos se entiende como intermediario al que media entre dos o más personas para arreglar un negocio, por lo general entre vendedores y compradores a efecto de ajustar los contratos, especialmente de índole mercantil.⁴⁹

⁴⁸ Diccionario de la lengua española. Pág. 833

⁴⁹ Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Pág. 350



Se puede estimar que también en este concepto, se hace referencia a una actividad de comercio. Se reconoce la función de comerciante de aquella persona que su actividad es colaborar en el perfeccionamiento de diferentes contratos.

Se puede apreciar que las acepciones de la palabra intermediario, hace referencia a una persona que media entre el productor y el consumidor.

En términos de la banca se entiende por intermediación la actividad que realizan los bancos, al tomar depósitos de clientes a un cierto plazo y con un determinado interés, y prestarlos a otros clientes a otro plazo y con otro tipo de interés, generalmente más alto.⁵⁰

Al hablar de intermediario, o intermediación, necesariamente se habla de una actividad comercial, es una actividad en la que una persona ofrece determinado servicio a otra que lo necesita.

Se debe entender que todo acto de intermediación en el que una persona ponga a disposición de otras, servicios, productos o bienes, que sean generados por terceros, está comerciando, está intermediando entre el productor y el consumidor. Es una actividad comercial por excelencia.

3.1.1. La actividad financiera

El término financiera proviene del vocablo financiar. Siguiendo el mismo método que se empleó al definir la palabra intermediario, se definirá la locución financiar tomando en cuenta su acepción común y la utilizada dentro del campo de la actividad económica y bancaria.

El Diccionario de la Real Academia Española define el término financiar de la

⁵⁰ Ramón Tamames, Santiago Gallego. **Diccionario de economía y finanzas**. Pág. 305.



siguiente forma: “Aportar el dinero necesario para una empresa. Sufragar los gastos de una actividad, obra, etcétera.”⁵¹

La acepción normal de la palabra, implica la existencia de una empresa, que es la que recibe el dinero de quienes participan de sus frutos.

Ahora bien, para lograr encuadrar el término “financiera o financiamiento” en el sentido que se debe analizar, resulta imperativo el conocer la definición que se da a la palabra en los diccionarios económicos o bursátiles.

A cambio del dinero que prestan, los inversionistas se convierten en acreedores y reciben una promesa de reembolso del capital y de pago de intereses sobre el mismo.

Robert Marcuse en su diccionario de términos financieros y bancarios define el término financiamiento de la siguiente manera: “Forma de obtener recursos, bienes o servicios del mercado, sin la necesidad de pagar la totalidad de su precio, comprometiéndose a completar el pago del precio más intereses, en determinado tiempo.”⁵²

El conjunto de acepciones presentadas del término financiera o financiamiento, nos permite comprender el alcance que la palabra tiene.

El término es utilizado para referirse a actividades comerciales, y hace referencia a la forma en que dicha actividad comercial se va a perfeccionar.

El financiamiento, entendido según el concepto de Marcuse, es lo que permite que los grandes comerciantes puedan regenerar sus inventarios, y lograr la oferta al

⁵¹ **Diccionario de la lengua española.** Pág. 536

⁵² Marcuse, Robert, **Diccionario de términos financieros y bancarios**, pág. 84



público de nuevos productos con la ventaja de poder pagar su precio de una forma diferida.

3.2. Intermediación financiera

Del estudio semántico realizado de ambos términos que componen la frase “intermediación financiera”, y al no existir una definición de dicha frase en las referencias consultadas, nos permite definir la intermediación financiera así: Es la actividad que realiza un intermediario que ofrece sus productos, obtenidos a través de recursos propios o ajenos, al público en general quien lo puede obtener pagando el precio total, o bien diferir el pago en el tiempo.

De cualquier forma la intermediación financiera es una actividad comercial. Una actividad comercial que beneficia a los comerciantes, así como al público. Incluso se debe entender como actividad comercial, las actividades bursátiles, las bancarias o las de compra y venta de bienes y servicios realizada por medio de los almacenes comerciales.

Realizar la intermediación financiera, no es más que dedicarse a realizar actividades comerciales, es proporcionar a los clientes diferentes opciones para obtener los productos que necesitan para mejorar su condición de vida.

3.3. ¿Cómo funciona la intermediación financiera?

La intermediación financiera denota la labor que desempeña quien recibe fondos y, por tanto, es deudor de los depositarios o transferentes de dichas cantidades que deberán ser devueltas en un período determinado, y que luego presta las sumas recibidas a terceros respecto de los cuales es acreedor, generando así un circuito de



circulación monetaria en el cual la persona intermediaria, en forma independiente, es a la vez deudora y acreedora al mismo tiempo.⁵³

El principal papel de un banco consiste en guardar fondos ajenos en forma de depósitos, operaciones denominadas de pasivo; los bancos cobran una serie de comisiones por los distintos servicios que ofrecen a sus clientes: tarjetas de crédito, posibilidad de descubierto, banco telefónico, entre otros.⁵⁴

Sin embargo, puesto que el banco puede disponer del ahorro del depositante, remunera a este último mediante el pago de un interés. Podemos distinguir varios tipos de depósitos:⁵⁵

- a) En primer lugar, pueden materializarse en las denominadas cuentas corrientes: el cliente cede al banco unas determinadas cantidades para que éste las guarde, pudiendo disponer de ellas en cualquier momento. Tiempo atrás, hasta adquirir carácter histórico, estos depósitos no estaban remunerados, pero la creciente competencia entre bancos ha hecho que esta tendencia haya cambiado de forma drástica en todos los países occidentales.
- b) En segundo lugar, los bancos ofrecen cuentas de ahorro, que también son depósitos a la vista, es decir, que se puede disponer de ellos en cualquier momento. Los depósitos y reintegros se realizan y quedan registrados a través de una cartilla de ahorro, que tiene carácter de documento financiero. La disponibilidad de este tipo de depósitos es menor que la de las cuentas corrientes puesto que obligan a recurrir a la entidad bancaria para disponer de los fondos, mientras que las cuentas corrientes permiten la disposición de fondos mediante la utilización de cheques y tarjetas de crédito.

⁵³ Cabanellas, Guillermo. **Temas de derecho comercial moderno**, pág. 73

⁵⁴ Martínez Gálvez, Arturo. **Derecho bancario**. Pág. 65

⁵⁵ *Ibíd.* Pág. 69



- c) En tercer lugar hay que mencionar las denominadas cuentas a plazo, en las que no existe una libre disposición de fondos, sino que éstos se recuperan a la fecha de vencimiento aunque, en la práctica, se puede disponer de estos fondos antes de la fecha prefijada, pero con una penalización (la remuneración del fondo es menor que en el caso de esperar a la fecha de vencimiento).
- d) En cuarto lugar, existen los denominados certificados de depósito, instrumentos financieros muy parecidos a los depósitos o cuentas a plazo fijo; la principal diferencia viene dada por cómo se documentan. Los certificados se realizan a través de un documento escrito intercambiable, es decir, cuya propiedad se puede transferir y negociar en los mercados financieros.⁵⁶
- e) Por último, dentro de los distintos tipos de depósitos, los depósitos de ahorro vinculado son cuentas remuneradas y relacionadas con operaciones bancarias de activo (es el caso de una cuenta de ahorro vivienda: Las cantidades depositadas deben utilizarse para un fin concreto, la adquisición de vivienda en este caso).⁵⁷

Los bancos, con estos fondos depositados, conceden préstamos y créditos a otros clientes, cobrando a cambio de estas operaciones (denominadas de activo) otros tipos de interés.

Estos préstamos pueden ser personales, hipotecarios o comerciales. La diferencia entre los intereses cobrados y los intereses pagados constituye la principal fuente de ingresos.

Los banco, también ofrecen servicios de cambio de divisas, permitiendo que sus clientes compren unidades monetarias de otros países.

⁵⁶ Martínez Gálvez, Arturo. **Ob. Cit.** Pág. 70

⁵⁷ *Ibíd.* Pág. 71



Es así como sólo las sociedades especiales en este caso como lo son los bancos, están autorizadas para realizar este tipo de intermediación pues, esto no lo podría realizar una persona individual, porque la intermediación financiera bancaria únicamente la pueden realizar los bancos autorizados conforme le Ley de Bancos y Grupos Financieros.⁵⁸

3.3.1. Concepto de ahorro

El ahorro financiero se define como el incremento de los activos financieros (títulos y obligaciones de mediano y largo plazos) del sector privado en bancos y en el Gobierno.⁵⁹

El principal obstáculo a la aplicación de este concepto radica en la transformación que habría que realizar en los patrones de ahorro de las unidades superávitaras, ya que su conducta tradicional esta muy arraigada en motivos especulativos y de supervivencia, más que en motivos de rentabilidad y de eficiente asignación de recursos.⁶⁰

El volumen del ahorro puede ser incrementado por la intermediación financiera de las instituciones y bancos de fomento, ya que aunque existen montos de ahorros disponibles en los bancos para hacer préstamos, las empresas necesariamente tendrán que generar sus propios ahorros internos para poder recibir esos préstamos.⁶¹

De esta forma se presenta el primer *efecto* de la intermediación financiera, que se complementa con la movilización de los ahorros, contribuyendo a incrementar los ahorros, internos totales de la economía.

⁵⁸ Artículo 3 Decreto 19-2002. Ley de bancos y grupos financieros. Guatemala. Pág. 2

⁵⁹ Fernández, Olcese. **La intermediación financiera y la inversión institucional**. Pág. 11

⁶⁰ *Ibíd.* Pág. 11

⁶¹ *Ibíd.* Pág. 10



A causa de las imperfecciones de los mercados financieros en los países en desarrollo, muchos inversionistas se muestran reacios a correr riesgos. Por eso los depósitos de ahorro son el sustituto más difundido de los títulos-valores.

Sin embargo, la teoría financiera moderna asevera que la intermediación de las instituciones financieras puede reducir los riesgos implícitos en los activos financieros mencionados.⁶²

3.4. Alternativas para la financiación de empresas

La especialización de la intermediación financiera, dentro de los planteamientos enunciados, llegará a constituir una interesante estructura financiera alternativa para la financiación de empresas, que no implica la plena utilización de su capacidad de endeudamiento, al actuar como activos compradores y vendedores.⁶³

Un fenómeno importante que presentan los sistemas financieros en las economías de los países en desarrollo lo constituyen las sustanciales indivisibilidades de los capitales a que suelen estar sujetas las corporaciones, y que representan un fuerte impedimento para la emisión pública de valores de renta fija y variable, y para la formación de un mercado de capitales.⁶⁴

La participación del sector empresarial en el mercado financiero, por conducto de los intermediarios, acarrea diversas posibilidades de mejorar sus negocios, ya que, al aumentar el patrimonio líquido de la empresa con la emisión de acciones y otros activos financieros, se estará reforzando su capacidad de recibir recursos adicionales por intermedio de préstamos en condiciones más favorables.

El objetivo inmediato del sistema de intermediación financiera deberá ser la provisión de incentivos y medios para invertir los recursos en nuevas formas de ahorro

⁶² Fernández, Olcese. **Ob. Cit.** Pág. 20

⁶³ **Ibíd. Ob. Cit.** Pág. 12

⁶⁴ **Ibíd. Ob. Cit.** Pág. 13



financiero, que hará rápidamente disponible el financiamiento para proyectos productivos, que precisan de más fondos que los que los empresarios pueden proveer.⁶⁵

3.5. Algunas experiencias del desarrollo de la intermediación financiera de la banca de fomento

- México:

En cuanto al desarrollo de una infraestructura financiera especializada, debemos mencionar la labor prominente que ha realizado Nacional Financiera, S. A., creada con el propósito de facilitar la venta de valores del Gobierno e intervenir en el mercado bursátil local. Esta institución ha contribuido a la labor de educación del ahorrante mexicano mediante la introducción gradual en el mercado de títulos con características apropiadas para satisfacer las preferencias y necesidades de los mismos.⁶⁶

- Colombia:

El caso de corporaciones financieras privadas de Colombia también merece destacarse, debido a que fueron facultadas para: promover la creación de empresas y participar en el capital de ellas; adquirir y negociar toda clase de valores mobiliarios emitidos principalmente por empresas manufactureras, agropecuarias y mineras; e intermediar en la colocación de papeles emitidos por dichas empresas.

En este país, se presenta un problema de deficiencia estructural en las corporaciones financieras, ya que los recursos para cartera de inversiones de estas entidades deben provenir principalmente de aumentos de su capital y de reinversión de utilidades retenidas, dada la estructura misma de sus fuentes de financiamiento.⁶⁷

⁶⁵ Fernández, Olcese. **Ob. Cit.** Pág. 13

⁶⁶ Ibid. Pág. 16

⁶⁷ Ibid. Pág. 17



- Brasil:

Entre los bancos de fomento federal que actúan en el mercado de capitales brasileño, cabe mencionar el Banco de Brasil, cuya actividad multifacética hace difícil precisar las operaciones de inversión en valores de empresas o la emisión de activos financieros en el mercado.

Sin embargo, la experiencia del Banco de Brasil en los mercados de capitales del mundo debe destacarse, por el éxito que ha tenido éste en la captación de nuevos recursos financieros externos a menor costo y mejores plazos, para uso directo.⁶⁸

- Argentina:

En Argentina tiene vigencia desde hace mucho tiempo un mecanismo llamado cuentas especiales para participación en valores mobiliarios. Este esquema pretendía motivar al inversionista a depositar sus ahorros, que luego podrían ser retirados libremente.

Los recursos así captados eran administrados por un instituto, ahora el Banco Nacional de Desarrollo (BANADE), que podía invertirlos, garantizando a los depositantes no sólo su capital sino también una rentabilidad básica similar a la de los ahorros comunes y una rentabilidad adicional vinculada al rendimiento anual obteniendo de las inversiones hechas una rentabilidad en valores mobiliarios.⁶⁹

En otras palabras, se trata de depósitos de ahorro, con características de fondo mutuo, destinados no sólo a atraer recursos, sino también a dar un paso intermedio en la incorporación de pequeños y medianos inversionistas al mercado bursátil.

En la medida en que no existan mecanismos financieros internos de largo plazo, puede ocurrir que se originen una serie de deficiencias en el sistema económico que

⁶⁸ Fernández, Olcese **Ob. Cit.**, pág. 16

⁶⁹ *Ibid.* Pág. 19



harán que lo que en primer término fue un problema de incapacidad de generación financiera se traduzca, en el mediano plazo, en un problema de distribución del ingreso, acumulación y crecimiento económico.

Tanto en materia de captación de recursos como en las políticas de asignación de los mismos, se debería propugnar una mayor capacidad de decisión para las instituciones financieras de fomento públicas y privadas, dentro de un mercado de competencia, a fin de que, sin dejar de ser instrumentos de desarrollo del respectivo gobierno, tengan más independencia en su operatividad, lo que redundaría en una gestión más eficiente y menos distorsionada por factores políticos del momento.

- En Guatemala:

La Junta Monetaria, en Resolución JM-609-2000 del 27 de diciembre de 2000, determinó la Política Monetaria, Cambiaria y Crediticia para 2001, orientada principalmente a consolidar la estabilidad y confianza en las principales variables macroeconómicas y financieras, tomando en consideración que solamente con una política monetaria disciplinada es factible contribuir al crecimiento económico sostenible del país.

Entre los retos macroeconómicos que se identificaron para 2001 en la referida política y que debían enfrentarse para consolidar la estabilidad en los mercados de dinero y cambiario, así como para cumplir con la meta de inflación estaban la persistencia de términos de intercambio adversos, la necesidad de continuar con el fortalecimiento del proceso de intermediación financiera en el sistema bancario, la permanencia de la brecha fiscal y la insuficiencia de la estabilidad macroeconómica como condición para lograr el crecimiento económico sostenido.

Dentro de ese contexto, se puede observar que al finalizar los primeros ocho meses del año los referidos retos macroeconómicos han sido enfrentados. En efecto, los términos de intercambio continuaron deteriorándose, se experimentaron problemas en el sector financiero que culminaron con el proceso de intervención administrativa de



tres instituciones bancarias y de liquidación de una sociedad financiera y, según la información de las finanzas públicas a julio, la profundización del déficit fiscal continúa consolidándose. Asimismo, el crecimiento económico está evolucionando con un menor dinamismo que el originalmente previsto.⁷⁰

En lo que respecta al fortalecimiento del sistema financiero nacional, los procesos de intervención administrativa del Banco Empresarial, S.A., Banco Metropolitano, S.A. y Banco Promotor, S.A., y de liquidación de la Financiera Metropolitana, S.A., han coadyuvado a avanzar en el ordenamiento y saneamiento del sistema financiero nacional, lo que ha contribuido a que las captaciones bancarias y el proceso de intermediación financiera continúen recuperándose. Adicionalmente, se avanzó en las reformas de la legislación financiera, ya que la Junta Monetaria en resolución JM-137-2001 del 12 de marzo del presente año (2002) aprobó el Proyecto de Ley de Bancos y Grupos Financieros, el cual incluye la normativa para la constitución, organización y funcionamiento de los denominados grupos financieros, faculta al órgano supervisor para ejercer la supervisión consolidada, establece mecanismos ágiles de reestructuración y salida de instituciones insolventes, establece normas para la correcta administración de riesgos de las instituciones bancarias y tipifica el delito de intermediación financiera. Por otra parte, en resolución JM-138-2001 del 12 de marzo del mismo año, la Junta Monetaria aprobó el Proyecto de Ley de Supervisión Financiera, el cual dota a la Superintendencia de Bancos de facultades regulatorias y sancionatorias suficientes para ejercer su función de supervisión.

3.6 La intermediación financiera en el comercio multiplica el desarrollo del país.

Entre los temas fundamentales que abarca la economía como ciencia social se encuentra la relación que existe entre los recursos y las necesidades, es decir, la manera como los individuos y las sociedades utilizan los recursos que tienen a su alcance para satisfacer sus necesidades.

⁷⁰Esta información fue encontrada el 20 de noviembre de 2005, vea www.baguat.gob.gt.



Quizá el problema más básico de la economía estribé en tratar de satisfacer necesidades primarias tales como alimentación, vivienda y empleo.

Se trata de un planteamiento que se ve exacerbado por lo que los economistas denominan problema de escasez, el cual se presenta cuando no existen suficientes recursos para satisfacer todas las necesidades de la gente.

La escasez puede afectar cualquiera de los elementos necesarios para una economía productiva: tierra, trabajo y capital.

El capital, que es una reserva de bienes acumulados para producir ya sea otros bienes o el dinero para adquirirlos, es uno de los recursos más escasos, sobre todo en países en vías de desarrollo como el nuestro.⁷¹

Las empresas que producen los bienes que la gente necesita disponen de tres fuentes de capital: fondos generados internamente, préstamos de instituciones financieras y financiamiento captado en los mercados de capital.

La solidez financiera de una empresa y sus posibilidades de crecer están dictadas por la combinación particular de estas formas de financiamiento.

En las economías de América Latina y el Caribe, donde escasean los préstamos a largo plazo y el capital de inversión, es muy difícil que las compañías de pequeña y mediana escala capten recursos para mejorar operaciones, ampliar instalaciones o competir con otros mercados; tienen muy pocas alternativas que no sean onerosos préstamos bancarios a corto plazo o recursos provenientes de familiares y amigos.

Los préstamos e inversiones con fines de desarrollo que se realizan a través de instituciones financieras ayudan a solucionar los problemas que surgen a raíz de la escasez de préstamos y financiamiento de capital en condiciones razonables.

⁷¹ Esta información fue encontrada el 5 de noviembre de 2005, vea para consultas la página en el portal de Internet www.gestiopolis.com/recurso4/docs/fin/margenes.htm



Es una forma de intermediación en la que la aplicación de un principio ayuda a alcanzar los resultados esperados, como por ejemplo, movilizar recursos escasos para lograr mejoras duraderas en el nivel de vida, crear riqueza nacional al apoyar métodos viables de producción y proyectos de infraestructura, y ampliar el sector de servicios financieros.

La intermediación es especialmente útil para la pequeña y mediana empresa, que con frecuencia no tiene acceso directo a mecanismos formales de crédito o cuyas actividades se desenvuelven en mercados de capital relativamente subdesarrollados.

La introducción de nuevos instrumentos financieros y servicios bancarios privados a empresas de pequeña y mediana escala ha sido decisiva para la labor del desarrollo económico sostenible de la nación



CAPÍTULO IV

4. Ubicación del delito de intermediación financiera en el ordenamiento jurídico guatemalteco

El delito de intermediación financiera lo encontramos ubicado en nuestra legislación en el Artículo 96 del Decreto 19-2002 Ley de Bancos y Grupos financiera que es de reciente creación.

La ley penal debe seguir un lineamiento determinado. Ese conjunto de normas penales, tienen como característica peculiar un doble contenido: La descripción de una conducta humana (delito) y la descripción de su consecuencia penal (penas y medidas de seguridad); son éstas las que denominamos leyes penales.⁷²

La creación de los diferentes cuerpos legales deben observar los lineamientos dados por la técnica jurídica.⁷³

La técnica jurídica se divide en dos partes esenciales, la técnica legislativa, y la técnica jurisdiccional. La primera se refiere a la creación de normas y la segunda al momento de aplicar las normas al resolver un caso concreto.⁷⁴

En el ámbito legislativo, los legisladores deben observar ciertos elementos al momento de crear una nueva ley. Deben establecer el carácter que debe reunir la ley, si es una ley eminentemente técnica, o bien, si es una ley de aplicación general.

Las leyes de aplicación general, son aquellas que no importando la profesión u oficio, estado civil, domicilio, y en fin cualquier otro elemento que pueda diferenciar a los habitantes de determinada región, sus disposiciones aplican a todos.

⁷² De Mata Vela, José Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 81

⁷³ Amuchategui Requena, Irma. **Derecho penal.** Pág. 35

⁷⁴ *Ibíd.* Pág. 45



Ejemplo de este tipo de normas dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco es el Código Civil, Código Penal, Constitución Política de la República, etc., ya que toda persona está sujeta a las disposiciones contempladas en dichos cuerpos legales al momento de incursionar dentro de los actos allí enunciados.

Las leyes eminentemente técnicas son también de aplicación general, pero una aplicación limitada.

Su aplicación está condicionada a todas aquellas personas que por su profesión, oficio o actividad comercial, están sujetas a disposiciones especiales, que regulan la contratación y prestación de servicios contemplados dentro del cuerpo de la ley.

Ejemplos de leyes eminentemente técnicas dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco se encuentran La Ley de Bancos y Grupos Financieros, Ley de Telecomunicaciones, y Ley de Electricidad, etc..

Las leyes eminentemente técnicas se le aplican a todas aquellas personas que realizan los actos comprendidos dentro del articulado, pero su aplicación se extiende a todas aquellas personas que sin dedicarse a la realización de los actos descritos dentro del cuerpo legal de manera habitual, celebran contratos relacionados a tales actividades con las personas que las realizan, tal es el caso de una persona que apertura una cuenta bancaria, al momento de aperturar la misma, debe observar las disposiciones contempladas en la Ley de Bancos y Grupos Financieros, ya que es esa ley técnica la que regula esa contratación.⁷⁵

Es importante la distinción anterior, ya que si una persona no realiza habitualmente las actividades reguladas en leyes eminentemente técnicas, no está obligado a condicionar sus actos con las disposiciones de las mismas.

⁷⁵ Amuchategui Requena, Irma. **Ob. Cit.** Pág. 40



Los legisladores guatemaltecos han creado un cuerpo legal eminentemente técnico para regular la actividad bancaria, que es el Decreto diecinueve guión dos mil dos (19-2002) del Congreso de la República, (Ley de Bancos y Grupos Financieros.)

4.1. ¿En qué consiste la intermediación financiera?

La intermediación financiera según el Artículo 3 del decreto 19-2002 Ley de Bancos y Grupos Financieros consiste en la realización habitual, en forma pública o privada, de actividades que consistan en la captación de dinero, o cualquier instrumento representativo del mismo, del público, tales como la recepción de depósitos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, destinándolo al financiamiento de cualquier naturaleza, sin importar la forma jurídica que adopten dichas captaciones y financiamientos.

En Guatemala pueden realizar intermediación financiera tanto los bancos como toda persona individual o jurídica que esté autorizada por la ley de bancos y grupos financieros.

Entendiendo que los bancos son sociedades mercantiles especiales pues se rigen por sus propias leyes, se constituyen como sociedades anónimas; el procedimiento de constitución es especial debido que la solicitud para constituir un banco se debe realizar a la Superintendencia de Bancos, se realizan publicaciones, la junta monetaria debe emitir dictamen y dar autorización para su constitución, el testimonio de la escritura constitutiva, junto a la certificación de la resolución de la junta monetaria, se presentará al registro mercantil, quien en base esos documentos procederá a su inscripción definitiva. Su denominación social es diferente, la forma de representar su capital siempre es en acciones, el capital mínimo para su constitución se modifica cada año por la Junta Monetaria, el capital para su constitución debe pagarse en efectivo y se deposita en el Banco de Guatemala, el órgano de



administración es especial pues tiene que ser un consejo de administración, tiene un procedimiento de ejecución especial y tiene sus propios títulos ejecutivos.⁷⁶

Según la concepción generalizada en la jurisprudencia y doctrina Argentina, citada por *Cabanellas* la intermediación es: “La actividad habitual y profesional de interposición entre la oferta y la demanda de recursos financieros, de forma tal que se realicen por lo menos dos actos, a saber, el acto por el que el derecho sobre los recursos financieros se adquiere de sus oferentes, y el acto por el que dicho derecho se trasmite a los demandantes de esos recursos.”⁷⁷

La labor de intermediación conlleva que la entidad que realiza asuma el carácter de parte en la transferencia de los recursos financieros y adquiera la titularidad de derechos de uso o propiedad sobre el circulante que se ofrece y se demanda en el mercado.

El negocio típico de intermediación financiera es la actividad bancaria que consiste en la adquisición de la propiedad de fondos del público en general, a través de la figura del depósito irregular, para luego transferir a terceros la titularidad de dichos fondos mediante el contrato de préstamos.

4.2. Funciones de intermediación financiera

Las instituciones financieras desarrollan la función de intermediación financiera, que consiste en el proceso mediante el cual captan los ahorros de las personas, a un costo o tasa de interés determinada, para luego canalizarlos vía préstamos o inversiones que les presenten tasas de rendimiento mayores a las pagadas en la captación.⁷⁸

⁷⁶ Artículo 7. Decreto 19-2002 Ley de bancos y grupos financieros. 2005.

⁷⁷ Cabanellas, Guillermo, **Temas de derecho comercial moderno**, pág. 72.

⁷⁸ Esta información fue encontrada el 5 de diciembre de 2005, vea para consultas la página en el portal de Internet www.gestiopolis.com/recurso4/docs/fin/margenes.htm



Desde el punto de vista macro-económico la principal función desarrollada por estas instituciones es la promover la creación, desarrollo, ampliación de empresas, ya que al invertir y al otorgar créditos permiten que aquellas personas que no poseen todos los recursos financieros para poder poner a funcionar, desarrollar una empresa puedan hacerlo.⁷⁹

Con la intermediación financiera, los ahorros son transferidos hacia las unidades económicas, que tienen oportunidades para una inversión rentable. En el proceso los recursos reales se aplican con más efectividad y aumentan la producción real como un todo para la economía.

Desde el punto de vista micro-económico, proporcionan fuente de financiamiento a las empresas que además de promover el crecimiento y desarrollo les permite, por la vía del crédito, solucionar desequilibrio que puedan sufrir y que pueden ser fortuitos o simplemente no considerados y dependiendo de la gravedad de los mismos podrían, de no contar con esta alternativa, llevarlos incluso a la quiebra; ya que hoy en día son muy pocas las empresas que pueden funcionar sólo con capital propio⁸⁰.

Desde el punto de vista de función social las sociedades financieras, promueven la creación de empleos, que genera la elevación de las condiciones de vida, al darles a mayor número de personas, la oportunidad de agenciarse los recursos que les permitan la adquisición de bienes y servicios que satisfagan sus necesidades.⁸¹

⁷⁹ Weston, J Fred. **Finanzas en administración**. Pág. 90

⁸⁰ Ibid. Pág. 92

⁸¹ Esta información fue encontrada el 5 de noviembre de 2005, vea para consultas la página en el portal de Internet www.gestiopolis.com/recurso4/docs/fin/margenes.htm



4.3. La importancia de la intermediación financiera

Las instituciones financieras de desarrollo se han creado para formar y fomentar un mercado de capitales (a mediano y largo plazo) y así proporcionar una importante fuente de recursos para las economías.⁸²

Aunque los mercados de capitales pueden financiar, indirectamente, los gastos de consumo, en el sentido más amplio del término, se asume que los fondos movilizados por los mercados de capitales se utilizan exclusivamente para financiar la inversión.⁸³

Según esta concepción, las estructuras financieras y los mercados de capital deberán orientarse al fomento tanto del ahorro como de la inversión, si no inmediatamente, cuando menos en futuro cercano.

El funcionamiento de la intermediación financiera se explica por la necesidad de corregir la simple función de captadores de depósitos que muchas instituciones financieras desempeñan en los países en desarrollo.

La intermediación financiera es una especie de financiamiento indirecto.⁸⁴ La mecánica de esta modalidad consiste en el depósito que los agentes excedentarios realizan en los organismos de intermediación financiera, tales como bancos de fomento y de inversión, que utilizan estos fondos para conceder préstamos destinados a financiar inversiones.

Frente a estas limitaciones, se sostiene que son los países en desarrollo los intermediarios financieros y que cobran singular importancia en la generación y asignación de ahorros financieros, tomando el liderazgo en la conducción del desarrollo financiero.

⁸² Fernández, Olcese **Ob. Cit.** Pág. 9

⁸³ *Ibid.* Pág. 14

⁸⁴ *Ibid.* Pág. 22



La emisión de acciones y bonos, u otras formas de activos de deuda,⁸⁵ puede realizarse con todas las garantías y el respaldo que una institución financiera otorga con el fin de facilitar el contacto entre el vendedor y el comprador, en especial proporcionando a ambos la información necesaria para asegurar una buena transacción.

Adicionalmente, el intermediario financiero mejoraría el mecanismo de colocación de ahorros financieros en las inversiones más provechosas.

En estos dos casos, la competencia de la institución financiera se medirá por la no discriminación a favor de grandes firmas y grandes ahorradores, fenómeno que se observa en forma muy aguda en los países en desarrollo.

Así se ayudará a las pequeñas y medianas empresas a darse a conocer en el sistema financiero, habilitándolas para emitir acciones y bonos por conducto del mercado de intermediación y posibilitando su acceso a nuevas modalidades de financiamiento.

Los intermediarios financieros se constituyen como el mercado más idóneo para las nuevas emisiones de títulos-valores, en especial para las nuevas empresas que carecen de un conocimiento exacto de las condiciones y características de los mercados financieros.⁸⁶

⁸⁵ Fernández, Olcese. **Ob. Cit.** Pág. 22

⁸⁶ *Ibid.* Pág. 21



4.4. Las instituciones de intermediación financiera

4.4.1. La Superintendencia de Instituciones de Intermediación Financiera

es el agente regulador del sistema financiero en nuestro país.⁸⁷

La globalización ha modificado notoriamente el panorama del sector financiero en todo el mundo. Las fusiones, el surgimiento de productos financieros complejos (forwards, swaps, etc.), conjuntamente al gran avance en el área informática han permitido que sucedan importantes cambios en el modo de operar, en los aspectos regulatorios, en la forma de relacionarse con los clientes (banca a distancia, etc.), lo cual en general está asociado a un incremento de los riesgos del sector.

Ante esta situación las autoridades reguladoras del sistema financiero y las instituciones financieras se han preocupado cada vez más en el control y manejo de los riesgos, mediante un mayor énfasis en las actividades de auditoría interna, controles más estrictos por parte de la autoridad monetaria, etcétera.

Compete a la Superintendencia de Instituciones de Intermediación Financieras controlar a las empresas públicas y privadas que realicen actividades de intermediación financiera y entre otras, ejercer tareas de supervisión y fiscalización tales como fijar y modificar la cuantía de la responsabilidad patrimonial neta mínima, niveles de encajes, relaciones patrimoniales, etc. El agente regulador se comunica con el mercado a través de circulares y comunicaciones donde establece los tópicos de actuación.⁸⁸

4.4.2. La intermediación financiera a mediano y largo plazo

La participación de las instituciones financieras en desarrollo ha sido concebida para movilizar recursos a mediano y largo plazo, esta función se ha realizado

⁸⁷ Esta información fue encontrada el 20 de noviembre de 2005, vea para consultas la página en el portal de Internet www.ey.com/Global/content.insf/industrial.intermediacion.financiera

⁸⁸ *Ibíd.* Página citada.



básicamente para apoyar las necesidades financieras del sector privado y del gobierno mediante la inversión en valores y documentos emitidos por organismos de fomento público para financiar sus presupuestos y programas de trabajo.⁸⁹

La inversión en América Latina está restringida por la escasez de oportunidades, más que por la ausencia de ahorros potenciales. Si se pretende captar recursos financieros internos en el volumen necesario, es la necesidad de instrumentos adecuados y de mecanismos de liquidez que permitan que fondos de relativo corto plazo puedan transferirse en forma de créditos de mayor plazo hacia los sectores que requieran recursos de capital.

La atención del sistema financiero deberá centrarse en las unidades superavitarias con capacidad real de inversión, y las instituciones financieras podrán realizar su función intermediación entre estas unidades sin presionar demasiado sobre el propio mercado de ahorros, ya disminuido.⁹⁰

Los bancos de desarrollo son los intermediarios financieros más idóneos para operar en el mercado de valores y de activos financieros, multiplicando su acción hacia operaciones típicas de los bancos de inversión; en muchos de los países latinoamericanos son mayores de lo que comúnmente se supone, y de que son justamente las escasas alternativas de inversiones en activos financieros que ofrecen nuestros países lo que impulsa, en medida relativamente importante, a quienes tienen excedentes financieros más evolucionados.⁹¹

La ventaja comparativa de las instituciones financieras de desarrollo no está precisamente en la captación de ahorro interno, tal como la hacen los bancos comerciales y los de ahorro. Su ventaja radica en el campo del financiamiento a largo plazo para inversiones reproductivas, para lo cual su actuación como colocadores de

⁸⁹ Fernández, Olcese, **OB. Cit.** Pág. 22

⁹⁰ Fernández, Olcese. **Ob. Cit.** Pág. 22

⁹¹ *Ibíd.* Pág. 22



valores propios y/o de terceros se sustenta en su habilidad para operar como intermediarios financieros.⁹²

De ahí que sea necesaria una modificación del sistema de ahorro e inversión que moviliza la banca de desarrollo, modificación que debe orientarse fundamentalmente a cambios en la captación de fondos, tendientes a sustituir sistemas similares al depósito a plazo por instrumentos negociables en el mercado y que puedan bajar de acuerdo con las variaciones de la economía y la estructura de las tasas de interés, en función de las preferencias de absorción de riesgo y de liquidez.

Esta función es esencialmente una operación de mediano y largo plazo, por cuanto la intermediación con activos financieros exige la existencia de mercados de capitales institucionalizados que aseguren las condiciones de fácil transacción y transferibilidad para los bonos y títulos de deuda colocados en el mercado, con lo cual se puede propiciar la formación de mercados secundarios en los cuales se compren y vendan instrumentos financieros.

4.4.3. Desarrollo del mercado financiero

Para afrontar los problemas inherentes a la gestación y creación de un sistema financiero moderno y de un mercado de capitales, muestran también que estas instituciones, por la naturaleza de sus operaciones y de sus instrumentos, y por su propia necesidad de crecimiento, han de ser los elementos que fortifiquen el mercado de capitales, amplíen las posibilidades de desarrollo financiero y contribuyan a una eficaz promoción del ahorro y a su canalización a sectores productivos.

En diversos países en desarrollo existe suficiente cantidad de dinero disponible, pero escaso capital. Puesto que existen bastantes personas con fuertes tenencias de dinero, que buscan oportunidades de inversión rentables a corto plazo, pero muy pocas están dispuestas a asumir los riesgos de los compromisos de largo plazo. El resultado es que, además de la falta de capital de riesgo, el sector empresarial está

⁹²Esta información fue encontrada el 5 de noviembre de 2005, vea para consultas la página en el portal de Internet www.ey.com/Global/content.insf/industrial.intermediacionfinanciera



ausente de la mayoría de las transacciones financieras, debido a que el estado no les brinda seguridad jurídica que se requiere.

El mercado financiero deberá proveer las garantías necesarias para que las empresas puedan atraer a los inversionistas potenciales, esto lo hace creando una normativa jurídica que sea positiva y vigente, lo hace con la creación de la ley de bancos y grupos financieros para evitar que personas no autorizadas se dediquen a la captación de dinero y logren así defraudar en su patrimonio a los inversionistas tanto nacionales como internacionales.

4.5. Delito de intermediación financiera

Como analice en el capítulo anterior delito es toda infracción a la ley penal, pero también existen leyes penales especiales que son el conjunto de normas jurídico penales que no estando contenidas precisamente en el código penal, regulan la conducta de personas pertenecientes a cierto fuero, o tutelan bienes o valores jurídicos específicos, convirtiéndose en leyes penales especiales.⁹³

Es por eso que el artículo 96 del Decreto 19-2002 Ley de Bancos y Grupos Financieros establece que comete el delito de intermediación financiera toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera, que sin estar autorizada expresamente de conformidad con la presente ley o leyes específicas para realizar operaciones de tal naturaleza, efectúa habitualmente en forma pública o privada, directa o indirectamente, por sí misma o en combinación con otra u otras personas individuales o jurídicas, en beneficio propio o de terceros, actividades que consistan en, o se relacionen con, la captación de dinero del público o de cualquier instrumento representativo de dinero, ya sea mediante recepción de especies monetarias, cheques, depósitos, anticipos, mutuos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, incluyendo negociaciones contingentes, destinando dichas captaciones a negocios de crédito o financiamiento de cualquier naturaleza, independientemente de la forma jurídica de focalización, instrumentación o registro contable de las operaciones.

⁹³ De Mata Vela, José Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 86



Así mismo establece que a los responsables de este delito serán sancionados con prisión de cinco a diez años inmutables, la cual excluye la aplicación de cualquiera de las medidas de seguridad contempladas en el código procesal penal, y con una multa de diez mil ni mayor de cien mil unidades de multa, el valor de cada unidad de multa será de un dólar de los Estados Unidos de América.⁹⁴

4.6. Entidades de intermediación financiera y actividades financieras en la décima novena cumbre de presidentes Centroamericanos.

Las repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, en adelante denominadas "las partes", ratificaron el Convenio Centroamericano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos que tiene como fin último erradicar actividades delictivas cometidas por la entidades de intermediación financiera mediante el empleo de mecanismos tendientes a la legitimación de capitales.⁹⁵

De a esa ley, las entidades de intermediación financiera y las que realicen actividades financieras, serán objeto de control por las autoridades competentes de los Estados Parte. En el caso de Guatemala quienes deben ejercer ese control es la Superintendencia de Bancos y la Junta Monetaria. Asimismo, las personas que realicen las siguientes actividades:

- Operaciones sistemáticas o sustanciales de canje de cheques;
- Operaciones sistemáticas o sustanciales de emisión, venta o rescate de cheques de viajero o giro postal;
- Transferencias sistemáticas o sustanciales de fondos, realizadas por cualquier medio; y

⁹⁴ Artículo 103 del Decreto 19-2002 Ley de bancos y grupos financieros. 2005

⁹⁵Para mayor información sobre citas electrónicas vea, [www.décimanovenacumbredepresidentescentroamericanos/intermediacion financiera.com.htm](http://www.décimanovenacumbredepresidentescentroamericanos/intermediacion%20financiera.com.htm) (10 de diciembre de 2005)



- Otras actividades que impliquen intermediación financiera, así como la emisión, operación o fiscalización de instrumentos o títulos de crédito.

En los Estados Parte con cuentas reducidas, anónimas u otras que operen bajo representación, civil o mercantil, las entidades de intermediación financiera y las que realicen actividades financieras, estarán obligadas a conocer la verdadera identidad de sus propietarios, para que puedan suministrarla a las autoridades encargadas del control, en las investigaciones sobre la materia regulada por este Convenio.⁹⁶

Esas entidades de intermediación financiera deberán registrar y verificar, por medios fehacientes, identidad, representación, domicilio, capacidad legal, ocupación u objeto social de las personas, sean clientes ocasionales o habituales, mediante documentos de identidad, pasaportes, partidas de nacimiento, licencias de conducir, contratos sociales y estatutos o cualesquiera otros documentos oficiales o privados, cuando establezcan relaciones comerciales, en especial, la apertura de cuentas nuevas, el otorgamiento de libretas de depósito, las transacciones fiduciarias, el arriendo de cajas de seguridad o las transacciones en efectivo que superen un determinado monto de conformidad con lo dispuesto por la autoridad competente en cada Estado Parte.⁹⁷

Las entidades de intermediación financiera y las que realicen actividades financieras, antes referidas, deberán adoptar medidas razonables para obtener y conservar información acerca de la verdadera identidad de las personas en cuyo beneficio se abra una cuenta o se realice una transacción, cuando exista duda de que tales clientes puedan no estar actuando en su propio beneficio, especialmente en el caso de personas jurídicas que no lleven a cabo operaciones comerciales, financieras o industriales en el Estado donde tengan su sede o domicilio.

⁹⁶ Esta información fue encontrada el 10 de diciembre de 2005, vea para consultas la página en el portal de Internet www.décimonovenacumbredepresidentescentroamericanos/intermediacionfinanciera.com.htm.

⁹⁷ *Ibíd.*



Durante la vigencia de una operación, y por lo menos cinco años a partir del fin de la transacción, las entidades de intermediación financiera y las que realicen actividades financieras, deberán mantener registros de la información y documentación requeridas. Asimismo, deberán conservar los registros de la identidad de sus clientes, estados de cuenta y correspondencia comercial según lo determine la autoridad competente, por lo menos durante cinco años después del cierre de la cuenta.

Además, estas entidades deberán mantener registros que permitan reconstruir transacciones financieras que superen determinado monto de conformidad con lo dispuesto por la autoridad competente, en cada Estado Parte al menos cinco años después de concluida la transacción.

Las entidades de intermediación financiera y las que realicen actividades financieras, a que se refiere este Convenio ya citado, deberán cumplir, pronto y dentro del plazo que se determine, las solicitudes de información que les dirijan las autoridades competentes respecto de la información y documentación citadas anteriormente.

Estos datos serán utilizados en investigaciones y procesos criminales, civiles o administrativos, según corresponda, relacionados con delitos de tráfico ilícito de drogas y delitos conexos como por ejemplo el delito de intermediación financiera que se regula en el ordenamiento jurídico guatemalteco como Estado parte.

Las autoridades competentes de un Estado podrán compartir información con las autoridades competentes de otros Estados, conforme al derecho interno de cada Estado parte.⁹⁸

Las instituciones financieras y las que realicen actividades financieras, a que se refiere este Convenio, deberán registrar, en un formulario diseñado por la autoridad competente de cada Estado parte, cada transacción en efectivo en moneda nacional o

⁹⁸ Esta información fue encontrada el 10 de diciembre de 2005, vea para consultas la página en el portal de Internet www.décimonovenacumbredepresidentescentroamericanos/intermediacionfinanciera.com.htm.



extranjera que supere el monto determinado de conformidad con lo dispuesto por aquella. Acerca de cada transacción los formularios deberán contener, por lo menos, los siguientes datos:

- La identidad, firma y dirección de la persona que físicamente realiza la transacción;
- La identidad y dirección de la persona en cuyo nombre se realiza la transacción;
- La identidad y dirección del beneficiario o destinatario de la transacción, si la hubiere;
- La identidad de las cuentas afectadas por la transacción, si existen;
- El tipo de transacción de que se trate, tales como depósitos, retiro de fondos, cambio de monedas, cobro de cheques, compra de cheques certificados o cheques de cajero, órdenes de pago u otros pagos de transferencias efectuadas por la institución financiera o mediante ella;
- La identidad de la institución financiera donde se realizó la transacción;
- La fecha, hora y monto de la transacción.

Ese registro será llevado, en forma precisa y completa, por la institución financiera el día en que se realice la transacción y, a partir de esa fecha, se conservará como mínimo durante el término de cinco años después de la finalización de la transacción o de que la cuenta haya sido cerrada.⁹⁹

Las transacciones múltiples en efectivo, tanto en moneda nacional como extranjera, que en conjunto superen determinado monto, serán consideradas una transacción única si son realizadas por determinada persona o en su beneficio, durante un día o en cualquier otro plazo que fije la autoridad competente.

Cuando la institución financiera, sus empleados, funcionarios o agentes conozcan estas transacciones, deberán efectuar el registro en el formulario que determine la autoridad competente de cada Estado parte.

⁹⁹ Artículo 23 del Decreto 67-2001. **Ley contra el lavado de dinero u otros activos**. Pág.10



Los registros deberán estar a disposición del tribunal o la autoridad competente, conforme al derecho interno de cada Estado parte, para emplearlos en investigaciones y procesos criminales, civiles o administrativos, según corresponda, con respecto a delitos de lavado de dinero relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, o a la violación de este Convenio.

Cuando lo estime oportuno, la autoridad competente podrá establecer que las entidades de intermediación financiera y las que realicen actividades financieras, a que se refiere este Convenio le presenten, dentro del plazo que ella fije, el formulario mencionado en este Convenio. Este documento servirá como prueba o informe oficial y se utilizará para los fines señalados en el párrafo anterior.

Las entidades de intermediación financiera y las que realicen actividades financieras, referidas en el párrafo precedente, no podrán poner en conocimiento de ninguna persona, salvo un tribunal, autoridad competente u otra persona autorizada por las disposiciones legales internas de cada Estado Parte, que la información ha sido solicitada o proporcionada al tribunal o a la autoridad competente de cada Estado parte.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Esta información fue encontrada el 10 de diciembre de 2005, vea para consultas la página en el portal de Internet www.décimonovenacumbredepresidentescentroamericanos/intermediacionfinanciera.com.htm.



CAPÍTULO V

5. El delito de intermediación financiera en comercio de Guatemala.

En capítulos anteriores se estableció que la intermediación no es más que el poner en contacto a los productores con los consumidores, o bien captar cualquier producto que sea representativo de dinero para luego ponerlo a disposición de las personas.

El interventor es una persona que media entre productores y consumidores para hacer llegar los productos a los consumidores que también se puede denominar comerciante. Esto es parte de la libertad de comercio que nuestra Constitución Política de la República tutela, y la Corte de Constitucionalidad reconoce.

Ahora bien la Ley de Bancos y Grupos Financieros en su Artículo 96 en su parte conducente regula de la siguiente manera: Comete el delito de intermediación financiera cualquier persona individual o jurídica, nacional o extranjera que sin estar expresamente autorizada de conformidad con la presente ley o leyes específicas para realizar operaciones de tal naturaleza, efectúa habitualmente en forma pública o privada, directa o indirectamente, por si misma o en combinación con otra u otras personas individuales o jurídicas, en beneficio propio o de terceros, actividades que consistan en o se relacionen con la captación de dinero del público, o de cualquier instrumento representativo de dinero, ya sea mediante recepción de especies monetarias, cheques, depósitos, anticipos, mutuos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, incluyendo operaciones contingentes, destinando dichas captaciones a negocios de crédito o financiamiento de cualquier naturaleza, independientemente de la forma jurídica de formalización, instrumentación o registro contable de las operaciones. En el caso de personas jurídicas son responsables de este delito los administradores, gerentes, directores y representantes legales. El o los responsables de este delito serán sancionados con prisión de cinco a diez años inconvertibles, la cual excluye la aplicación de cualesquiera de las medidas sustitutivas contempladas en el Código Procesal Penal, y con una multa no menor de diez mil ni mayor de cien



mil unidades de multa, la cual también será impuesta por el tribunal competente del orden penal.

Simultáneamente a la imposición de la multa indicada en la ley de bancos y grupos financieros (Decreto 19-2002) como una pena accesoria, dicho tribunal ordenará la cancelación de la patente de comercio de las personas individuales, así como la liquidación de las personas jurídicas a que se refiere este Artículo 96 conforme al procedimiento establecido en ley¹⁰¹; en este último caso, una vez concluida su liquidación, ordenará al Registro Mercantil la cancelación de la inscripción respectiva.

El Artículo 96 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, expuesto en el párrafo que antecede, contiene una limitación al ejercicio de la libertad de comercio contemplado en nuestra Constitución Política de la República al establecer que únicamente pueden realizar intermediación financiera toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera que éste autorizada expresamente de conformidad con dicha ley, negando este derecho a cualquier persona que intervenga directa o indirectamente entre productores y consumidores, con el objeto de facilitar y promover la circulación de riqueza.¹⁰² Es decir, no intervienen instituciones financieras o bancarias, lo que facilita la aprobación del financiamiento, circunstancia que no se daría si una institución bancaria o financiera, cuya actividad y utilización de los recursos está supervisada por un ente estatal.

Al limitar esta actividad comercial se le está limitando a los comerciantes guatemaltecos captar una mayor cantidad de consumidores, porque como no toda persona puede llevar a cabo actividades de intermediación financiera, no permite que los propietarios de pequeñas y medianas empresas ofrezcan a sus consumidores las facilidades para poder adquirir sus productos, pues allí estaría cometiendo un delito.

¹⁰¹ Artículo 241 Decreto 2-70 **Código de Comercio de Guatemala**. Pág.59

¹⁰² Artículo 96 Decreto 19-2002. **Ley de Bancos y Grupos Financieros**. Pág.29



La actividad y práctica comercial en Guatemala, se caracteriza por otorgar al consumidor beneficios para adquirir bienes y servicios, que no se adquieren al contado, sino para pagar a cierto plazo. Un ejemplo muy común se da en la compra de casas, muebles, etc., los cuales son necesarios, pero que las familias guatemaltecas no cuentan con la totalidad del dinero para adquirirlos por lo que se ven en la necesidad de adquirirlo por pagos.

Se ofrece un sinnúmero de ofertas en las que aparecen las frases: “enganche fraccionado en tres pagos”, “lléveselo y pague hasta en seis meses”, en fin la publicidad y la oferta de productos tienen su mayor aceptación con los consumidores cuando se les ofrecen facilidades de pago, y en la mayoría de casos el financiamiento otorgado se realiza sin la intervención de un banco o entidad financiera autorizada bajo los lineamientos de la Ley de Bancos y Grupos Financieros.

¿Es esta intermediación un delito? ¿Se puede considerar a un comerciante, que está proveyendo a los consumidores un producto determinado con facilidades de pago, como un delincuente? Pues la Ley de Bancos y Grupos Financieros así lo considera. Puesto que él es propietario de una empresa mercantil y no empresa especializada en servicios financieros, que se dedica en forma pública a la captación de dinero y los destina al financiamiento de las personas que lo necesitan.

Hay que tomar en cuenta que los comerciantes en general obtienen los inventarios de los que disponen a través de líneas de crédito otorgadas por diferentes bancos o entidades financieras, por lo que se cumple con el presupuesto de obtener el dinero en forma privada.¹⁰³

En este contexto además de aprovechar la mercadería obtenida con ese dinero para presentar productos a los consumidores, quienes los pueden obtener por medio de la realización de pagos mensuales, sin la intervención de una financiera o banco, se cumple con la existencia del financiamiento de cualquier naturaleza contemplado en la

¹⁰³ Artículo 3 del Decreto 19-2002 Ley de Bancos y Grupos Financieros. Pág. 2



propia Ley de Bancos y Grupos Financieros.

Una vez aislados los elementos que presentan contradicción como lo son a quienes considera la ley de bancos y grupos financieros como delincuentes, con aquellos presupuestos contemplados y protegidos por la propia Constitución Política de la República de Guatemala, se puede analizar la excepción contemplada en el propio Artículo 43 Carta Magna que establece lo siguiente: Se reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes.¹⁰⁴

La excepción contemplada en el mismo artículo constitucional ha sido sujeta a análisis por parte de la Corte de Constitucionalidad en varios casos.

Concluyendo en que las limitaciones deben provenir de leyes decretadas por el Congreso de la República, limitando no la actividad comercial sino sancionando aquellas actividades comerciales que causan daño a la sociedad, o la comercialización de aquellos bienes que están fuera del libre comercio entre los hombres, o destinar actividades comerciales a fines ilícitos.

La Corte de Constitucionalidad en sentencia dictada el día 26 de octubre de mil 1995, al resolver el expediente cincuenta y nueve guión noventa y cinco se refiere a las limitaciones que las leyes realizan a las libertades o mandatos constitucionales de la siguiente forma: La Constitución garantiza la libertad de industria, comercio y trabajo, esta garantía tiene su límite, según la misma norma denunciada, en aquellas situaciones que por motivos sociales y de interés nacional impongan las leyes; además siendo que las empresas de seguros y fianzas operan con fondos del público, el Estado debe ejercer la vigilancia que asegure la solvencia y liquidez de las mismas en defensa de las inversiones, la norma impugnada, no viola dicha garantía, sino cumple

¹⁰⁴ Artículo 43 Constitución Política de la República de Guatemala.



con proteger la inversión de los ciudadanos, sin que ello implique coartar la libertad de industria, comercio y trabajo.¹⁰⁵

La redacción del Artículo 96 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros no contempla un daño, no contempla actividades comerciales de fines ilícitos ni mucho menos actividades mercantiles con bienes fuera del libre comercio entre los hombres. Se limita a sancionar una actividad, no por la actividad en sí, sino por ser llevada a cabo por personas que no están autorizadas según lo establecido en la Ley de Bancos y Grupos Financieros.

Es aquí en donde la limitación al ejercicio del comercio no reúne las características necesarias, según la Corte de Constitucionalidad en los casos en que ha estudiado dicha excepción al ejercicio de la libertad de comercio.

El licenciado José Arturo Sierra González, quien fuera Magistrado de la Corte de Constitucionalidad en el período de 1996 al 2001, en su libro Derecho Constitucional Guatemalteco, al referirse a la libertad de comercio y dicha limitación hace la siguiente declaración: “Son libertades relativas porque pueden ser limitadas legalmente por motivos sociales o de interés nacional, procurándose de esa forma armonizar el interés individual con el colectivo o de la comunidad, pero sin llegar a extremos limitativos que desconozcan o nieguen sustancialmente tales libertades”.¹⁰⁶

Los argumentos presentados por el licenciado Sierra González, se limitan a desarrollar un poco más el interés comunitario en mantener a la actividad comercial fuera del ámbito que perjudique a la comunidad, es por ello que la propia Constitución Política de la República establece que se puede limitar.

Es por ello que la limitación contemplada no reúne los presupuestos necesarios para considerarse una limitación justificada a la luz del propio principio constitucional,

¹⁰⁵ Gaceta No.38, Página No.7, expediente No. 59-95, sentencia 26-10-95

¹⁰⁶ Sierra Gonzáles, José Arturo, **Derecho constitucional guatemalteco**, pág. 120



porque en fallo emitido por la corte de constitucionalidad se va a entender por comercio la actividad lucrativa que ejerce cualquier persona física o jurídica, sea en forma individual o colectiva o indirectamente entre productores y consumidores.¹⁰⁷

Tomando en cuenta que hasta la propia Corte de Constitucionalidad ha aceptado como válidas, en repetidas ocasiones, limitaciones al ejercicio comercial siempre con base en la existencia de un daño contemplado en la ley que originó la limitación.

Los argumentos expuestos en los párrafos anteriores han tenido como base los diferentes fallos constitucionales que la Corte de Constitucionalidad ha emitido al someter a análisis el ejercicio de la actividad comercial.¹⁰⁸

La limitación impuesta a los comerciantes de proporcionar a los consumidores financiamiento a través de sus propias empresas, evitando así la intervención de instituciones financieras, crediticias o bancarias, manteniendo los costos para los consumidores, aún más accesibles, sin contemplar un daño causado directamente por la realización de tal actividad, contraviene lo dispuesto en el Artículo 43 de la Constitución Política de la República.

Los comerciantes guatemaltecos que ofrecen a sus consumidores ventajas económicas al obtener bienes o servicios de una forma más eficiente y económica, a la luz de la Ley de Bancos y Grupos Financieros son ahora delincuentes, porque se dedican en forma pública a la captación de dinero o recepción de depósitos destinándolos al financiamiento de cualquier naturaleza.

¹⁰⁷ Ver Gaceta No.50, página No. 290, expediente No.444-98, sentencia: 10-11-98

¹⁰⁸ Ver Gaceta No. 58, expediente No. 341-200, sentencia: 28-11-00
Gaceta No. 38, Página No. 7, expediente No. 59-95, sentencia 26-10-95
Gaceta No. 59, expedientes Nos. 729-2000 y 744-200, sentencia: 27-02-01
Gaceta No. 57, expediente No. 982-99, sentencia: 05-07-00
Gaceta No. 48, página No. 29, expediente No. 183-97, sentencia: 20-05-98
Gaceta No. 43, Página No. 244, expediente No. 1092-96, sentencia: 25-02-97
Gaceta No. 37, página No. 245, expediente No. 670-94, sentencia: 21-08-95
Gaceta No. 17, página No. 34, expediente No. 267-89, sentencia: 05-09-90



El incursionar en el campo mercantil de una forma competitiva que haga a los consumidores escoger, es ahora un delito, ya que las ventajas que están obligados a ofrecer son aquellas que las instituciones bancarias o financieras estén dispuestas a ofrecer, lo que evita que exista una verdadera competencia, ya que los comerciantes que ofrecen los mismos productos, ahora también deberán ofrecer el mismo financiamiento.

5.1. El delito de intermediación financiera y el derecho de igualdad

La Constitución Política de la República en su Artículo cuarto establece: En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos.¹⁰⁹

El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.

El derecho de igualdad contemplado en nuestra ley suprema establece que los seres humanos serán tratados iguales en iguales circunstancias.

Este criterio ha sido sostenido por la Corte de Constitucionalidad en sentencia dictada el 16 de junio de 1992, diciendo que el principio de igualdad, plasmado en el Artículo cuatro de la Constitución Política de la República impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma.¹¹⁰

La violación al principio de igualdad que se pretende ilustrar no se remite a la limitación existente para que unos comerciantes realicen una actividad que les está prohibido a otros por carecer de autorizaciones legales. Tal diferenciación sí está aceptada por la propia Corte de Constitucionalidad.

¹⁰⁹ Artículo 4 Constitución Política de la República de Guatemala.

¹¹⁰ Gaceta No.24, página No. 14, expediente No. 141-92, sentencia: 16-06-92



La violación al derecho de igualdad radica en que, el delito de intermediación financiera en su desarrollo contempla lo siguiente: comete el delito de intermediación financiera toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera, que sin estar autorizada expresamente de conformidad con la presente ley o leyes específicas para realizar operaciones de tal naturaleza, efectúa habitualmente en forma pública o privada, directa o indirectamente, por sí misma o en combinación con otra u otras personas individuales o jurídicas, en beneficio propio o de terceros, actividades que consistan en, o que se relacionen con, la captación de dinero del público o de cualquier instrumento representativo de dinero, ya sea mediante la recepción de especies monetarias, cheques, depósitos, anticipos, mutuos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, incluyendo operaciones contingentes, destinando dichas captaciones a negocios de crédito o financiamiento de cualquier naturaleza.

El o los responsables de este delito serán sancionados con prisión de cinco a diez años inmutables, la cual excluye la aplicación de cualesquiera medidas sustitutivas contempladas en el Código Procesal Penal, y con una multa no menor de diez mil ni mayor de cien mil “unidades de multa”, la cual también será impuesta por el tribunal competente del orden penal.

Como se puede apreciar si alguien es sometido a un proceso penal al ser acusado de cometer esta figura delictiva no goza de las medidas sustitutivas contempladas en el Código Procesal Penal a pesar de gozar del derecho de defensa que la misma constitución le otorga al establecer que nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso leal ante juez o tribunal competente y preestablecido.

La prisión preventiva no es obligatoria, se le impone al reo dependiendo del resultado obtenido de la primera audiencia que tiene el sindicado frente al Juez de Primera Instancia.



La imposición de prisión preventiva en los delitos menos graves va contra los principios procesales que han inspirado a la nueva tendencia procesal en Guatemala.

La observación anterior, a pesar de no hacer mención a la posible violación al derecho de igualdad, es importante para resaltar al lector que el proceso penal guatemalteco ha sido concebido con las ideas de un sistema acusatorio, en el que al sindicado se le tiene como presunto inocente, por lo que la limitación a su libertad es cuando sea indispensable para asegurar la presencia del imputado en el proceso.¹¹¹

Es importante ubicar el delito de intermediación financiera con los demás delitos que tienen por objeto tutelar el mismo bien jurídico. Se podría ubicar dentro de los delitos cometidos contra el patrimonio. Estos están establecidos en los Artículos 246 al 279 del Código Penal. En tales Artículos se encuentran los delitos de hurto, robo, estafa, extorsión, chantaje, apropiación indebida, defraudación tributaria, usura, entre otros. Los delitos anteriormente mencionados tienen como fin el sancionar el menoscabo del patrimonio de una persona o personas, siempre que tal menoscabo hubiere sido producto de algún hecho ilícito por parte del causante.

Lo importante aquí es recalcar que en todos los delitos enumerados dentro del título sexto, de los delitos contra el patrimonio, del Código Penal, los responsables de tales actos gozan de las medidas sustitutivas establecidas en Código Procesal Penal, porque no son considerados de alto impacto social. Salvo las excepciones que el mismo código procesal penal establece que no podrán concederse ninguna medida sustitutiva en procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales, o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado.

Llama la atención que a los responsables de tales figuras delictivas, que hayan causado daño a otras personas gozan de tal medida, pero un comerciante que a

¹¹¹ Artículo 259 y 264 del Decreto 51-92 **Código procesal penal**. Págs. 82 y 84



pesar de no provocar un daño al patrimonio de otros, deba ser sometido a un proceso penal, sin el beneficio de las medidas sustitutivas.

Es por ello que el delito de intermediación financiera reúne elementos de consideración que pueden provocar una declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Corte de Constitucionalidad si quisiéramos verlo desde ese punto de vista.

5.2. Entidades de intermediación financiera ¹¹²

5.2.1. Bancos en sentido estricto

5.2.1.1. La actividad bancaria

Sólo los bancos y las cooperativas de intermediación financiera podrán:

- Recibir depósitos en cuenta corriente bancaria y autorizar que se gire contra ellos mediante cheques.
- Recibir depósitos a la vista.
- Recibir divisas en depósitos del extranjero a plazos.

De esta manera, el legislador define al banco por las actividades que realiza con exclusividad. Se define al banco, en función de la autorización que se acuerda para realizar determinadas operaciones que se le reservan por ley; pero la actividad bancaria comprende más que las operaciones reservadas a bancos.

Todos los negocios que corrientemente realizan los bancos, reciben la calificación de bancarios por el sujeto que los realiza.

¹¹² Rodríguez Oliveira, Nuri. **Entidades de intermediación financiera**. Pág. 85



Lo que ha de suceder, con el régimen de esta ley, es que estas otras operaciones podrán ser realizadas por otros sujetos (entidades de intermediación financiera) que no sean bancos, pero, en ese caso, no se tratará de actividades bancarias. Sino de actividad de intermediación financiera como pueden ser los grupos financieros.¹¹³

5.2.1.2 Los bancos como sociedades anónimas

Se impone a los bancos el tipo de las sociedades anónimas y que las acciones sean nominativas.¹¹⁴

Las demás modalidades de entidades de intermediación financiera podrán adoptar otros tipos sociales, con la excepción siguiente.

Las sociedades de responsabilidad limitada no pueden tener por objeto actividades de intermediación financiera. Las sociedades que se constituyan para realizar intermediación financiera, deben ajustarse a las normas que regulan el tipo social que adopten, pero esta ley introduce variantes en el régimen de constitución porque se requiere además una autorización especial, por ejemplo, una sociedad anónima requiere para constituirse el control de la auditoría interna de la nación, que controla la legalidad de los estatutos, pero si se constituye una sociedad anónima con el objeto de dedicarse a actividad de intermediación financiera, se tiene que recabar, además, la autorización especial. También, cambian las exigencias en cuanto al capital mínimo y a los porcentajes de integración requeridos en el proceso de constitución¹¹⁵

¹¹³ Artículo 27 del Decreto 19-2002 **Ley de Bancos y grupos financiero**. Pág. 9

¹¹⁴ *Ibid.* Artículo 15 Pág. 6

¹¹⁵ *Ibid.* Artículo 6 Pág. 3



5.2.1.3 Banca off shore

Las empresas financieras que tengan por exclusivo objeto la realización de operaciones de intermediación entre la oferta y la demanda de títulos valores, dinero o metales preciosos radicados fuera del país, estarán exoneradas de toda obligación tributaria que recaiga sobre su actividad, las operaciones de su giro, su patrimonio o sus rentas.

Nuestra legislación establece que se entenderán por entidades fuera de plaza o entidades off Shore, 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.¹¹⁶

5.2.2. Otras entidades de intermediación financiera

5.2.2.1. Casas financieras

Las casas financieras son las autorizadas a realizar cualquier tipo de operación de intermediación financiera, salvo las reservadas a los bancos y bancos de inversión.¹¹⁷

5.2.2.2. Instituciones financieras externas

Las empresas financieras que tengan por exclusivo objeto la realización de operaciones de intermediación entre la oferta y la demanda de títulos valores, dinero o metales preciosos radicados fuera del país, estarán exoneradas de toda obligación tributaria que recaiga

¹¹⁶ Artículo 112. Decreto 19-2002. **Ley de bancos y grupos financieros**. Pág. 34

¹¹⁷ Rodríguez Oliveira, Nuri. **Entidades de intermediación financiera**. Pág. 71



sobre su actividad, las operaciones de su giro, su patrimonio o sus rentas.¹¹⁸

5.2.2.3. Las cooperativas de intermediación financiera y bancos cooperativos

Las cooperativas de intermediación financiera son las entidades de intermediación financiera, organizadas como sociedades cooperativas, que operan exclusivamente con sus socios.¹¹⁹

5.2.2.4. Administradoras de grupos de ahorro previo

Las administradoras de grupos de ahorro previo son aquéllas personas físicas o jurídicas que organizan o administran agrupamientos, círculos cerrados o consorcios, cualesquiera sea su forma jurídica o la operativa que realicen, cuyos adherentes aportan fondos para ser aplicados recíproca y conjuntamente, en la adquisición de determinados bienes o servicios y que realizan dicha actividad en forma exclusiva.

Tienen a su cargo organizar sistemas, por los cuales, recogen la adhesión de interesados en obtener un préstamo o en adquirir un bien; en ese sistema, los adheridos aportan ahorros en forma periódica y con esos ahorros se constituye un fondo, para realizar luego préstamos o adquisición de determinados bienes.¹²⁰

Cuando el número de adherentes llega al mínimo proyectado y se forma un fondo con un importe predeterminado, se realizan sorteos entre los adherentes. Quien resulta sorteado se beneficia del préstamo o con la adquisición del bien que le será adjudicado. Luego, deberá continuar aportando las sumas pactadas.

¹¹⁸ Rodríguez Oliveira, Nuri. **Ob. Cit.** Pág. 73

¹¹⁹ Ibid. Pág. 75

¹²⁰ Ibid. Pág. 80



Los sorteos se siguen realizando hasta que todos los adherentes puedan aprovechar del sistema.

Los sistemas de adjudicación pueden ser sorteos y otros que se puedan proyectar, como el de una licitación para quien ofrezca un adelanto de cuotas por un importe mayor.

La sociedad administradora hace llamado al público invitando a quienes estén interesados en crear un fondo.

La sociedad recoge el ahorro y lo administra. Si es para adquirir bienes, con ese fondo se van comprando unidades, que luego se sortean entre los ahorristas.

En tanto el adherente aporta sin ser beneficiario de una adjudicación, su posición es similar a la de un ahorrista. Se beneficiará con el interés pactado sobre la suma ahorrada.

Los administradores pueden ser personas físicas o jurídicas, pueden administrar más de un grupo.

Están sometidos a la autorización del poder ejecutivo. Deben justificar tener una responsabilidad patrimonial básica. También deben efectuar estados contables e informes con intervención de auditores externos.

Deben redactar un contrato tipo para que firmen los adherentes, que es previamente autorizado por la Superintendencia de Instituciones de Intermediación financiera.

Se suelen pactar garantías para el cumplimiento de obligaciones por los adherentes e incluso se suele establecer seguros de vida y otros con el fin de asegurar el funcionamiento del sistema.



5.2.2.5. Bolsa de valores

Entendemos que las bolsas de valores quedan comprendidas en la categoría de empresa de intermediación financiera. Las Bolsas de Valores son entidades que tienen por objeto proveer a sus miembros los medios necesarios para que puedan realizar eficazmente las transacciones de valores mediante mecanismos de subasta pública, y para que puedan efectuar las demás actividades de intermediación de valores que procedan de acuerdo con la ley de Mercado de Valores y Mercancías¹²¹.

5.2.2.6 Empresas administradoras de crédito

Son empresas administradoras de crédito las personas físicas o jurídicas que en forma habitual y profesional intervengan en el financiamiento de la venta de bienes y servicios realizada por terceros otorgando crédito mediante el uso de tarjetas, órdenes de compra u otras modalidades similares, con recursos propios o en cuyo financiamiento no participe el ahorro público.¹²²

Después de estudiar las distintas entidades que pueden llevar a cabo la intermediación financiera, es entendido que todas estas entidades que se dediquen a esta actividad en forma pública o privada, directa o indirectamente, por si mismas o en combinación con otras personas individuales o jurídicas, en beneficio propio o de terceros, actividades que consistan en, o que se relacionen con, la captación de dinero del público o de cualquier instrumento representativo de dinero, incurrirá en el Delito de intermediación financiera.

Pues cualquier entidad de las mencionadas en líneas anteriores puede realizar la intermediación financiera, para poder desarrollar esa actividad ya sea para beneficio de la población o del país, el estado para garantizar tanto la inversión nacional como la internacional fija un límite a estas sociedades, puesto que para que puedan funcionar

¹²¹ Martínez Gálvez, Arturo. **Derecho bancario**. Pág. 63

¹²² Rodríguez Oliveira, Nuri. **Entidades de intermediación financiera**. Pág. 95



como tales deben llenar requisitos que establece la ley. Además están bajo la fiscalización de la junta monetaria para poder brindar seguridad jurídica.



CAPÍTULO VI

6. Efectos de la comisión del delito de intermediación financiera en el comercio de Guatemala

En 1999 algunas empresas que se dedicaban a captar el dinero de las personas que pretendían ahorrar, se ausentaron del país llevándose consigo el ahorro de muchas personas guatemaltecas, dicho delito no se encontraba tipificado como una figura específica por lo que se encuadro en la figura delictiva de la estafa, pues la esencia de los fraudes punibles reside en elemento interno: el engaño, que es, la mutación o alteración de la verdad para defraudar el patrimonio ajeno. Mediante una manipulación o ardid, se procura llega al dominio del activo, el bien ajeno. La estafa en si, es una especie del fraude genérico, pero nuestra legislación adopta el sistema de llamar al delito en general como estafa. Pues nuestra legislación penal tipifica como estafa quien, induciendo a error a otro, mediante ardid o engaño, lo defraudare en su patrimonio en perjuicio propio o ajeno.

Por lo cual uno de los primeros efectos del delito de intermediación financiera en el comercio de Guatemala es la falta de confianza que tienen las personas para confiar sus ahorros en cualquier institución financiera.

6.1 Como efecto de la comisión del delito de intermediación financiera da como resultado la creación de instituciones y sistemas financieros

La creación de instituciones y sistemas financieros sólidos es uno de los factores clave que debe tomarse en cuenta para mejorar la intermediación financiera en América Latina y Guatemala.

Dichos sistemas e instituciones son indispensables para mejorar el acceso de más de seis millones de empresas regionales de pequeña y mediana escala a fuentes de financiamiento formal. Una mejor intermediación financiera puede hacer de puente entre este importante segmento de la economía de la región, excluido muchas veces



del sistema de financiamiento formal, y las fuentes de recursos necesarios para promover el desarrollo económico.

Una de las maneras en que se persiguen objetivos de desarrollo es mediante una gama de intermediarios financieros privados, valiéndose para ello de distintos instrumentos y mecanismos del mercado financiero.

Las instituciones por medio de las cuales opera incluyen:

- Bancos comerciales que actúan como intermediarios de recursos e instrumentos a mediano y corto plazo;
- Bancos de desarrollo y de inversión que se desempeñan como intermediarios de fondos a mediano y largo plazo;
- Instituciones especializadas como compañías de arrendamiento financiero, valores, financiamiento hipotecario y compañías de financiamiento a microempresas; y
- Compañías de capital de riesgo y fondos de inversión que proporcionan capital de riesgo o capital social.

Cuando se trabaja a través de estos intermediarios, se tienen objetivos que se dividen en dos grupos.

El primero tiene que ver con el intermediario financiero en sí y el segundo con las empresas pequeñas y medianas a las cuales el intermediario canaliza los recursos.

Las actividades que se realizan con los intermediarios financieros tienen como objetivo:

- Fortalecer la capacidad de financiamiento de proyectos del intermediario;
- Mejorar las condiciones de vencimiento del financiamiento que ofrece el intermediario a la pequeña y mediana empresa;
- Apoyar nuevas iniciativas financieras que amplíen los mercados financieros;
- Diversificar las fuentes de financiamiento del intermediario y su cartera;



- Mejorar las estructuras administrativas y operativas del intermediario incluyendo el análisis, la administración y la supervisión de créditos, así como la adopción y la aplicación de normas de protección medioambiental; y
- Promover el desarrollo institucional y la formulación de nuevos productos financieros.

Evidentemente, los principales objetivos estriban en promover el desarrollo de la pequeña y mediana empresa privada en América Latina y Guatemala al reducir el elevado costo de las operaciones bancarias y otros servicios financieros que han puesto el financiamiento de proyectos fuera del alcance de pequeños prestatarios y empresas necesitadas de capital.

6.2 Como resultado de este delito el Estado se ve en la necesidad de crear instituciones que controlen esta actividad

Como resultado del delito de intermediación financiera el estado se ve en la necesidad de crear instituciones que ejerzan el control y supervisión de las entidades que se encargan de la intermediación financiera, como lo son la Junta Monetaria y la Superintendencia de bancos.

De esta forma el estado estará garantizando a la población en general el confiar en personas individuales o jurídicas que se dediquen a la intermediación financiera, para ampliar sus horizontes tanto a nivel nacional como internacional y poder así contribuir al desarrollo del país.

La estructura líneas de crédito, principalmente con bancos comerciales, bancos de inversión y compañías financieras de desarrollo, además de trabajar con otros intermediarios financieros especializados consiste en un préstamo otorgado a un intermediario financiero que a su vez concede préstamos a otras empresas.

La labor desempeñada por quien recibe fondos, es deudor de los depositarios o transferentes de dichas cantidades que deberán ser devueltas en un período



determinado, y que luego presta las sumas recibidas a terceros respecto de los cuales es acreedor, generando así un circuito de circulación en la cual la persona intermediaria, en forma independiente, es a la vez deudora y acreedora de los fondos financieros.¹²³

El funcionamiento de la intermediación financiera se explica porqué es un modo de financiamiento indirecto que consiste en el depósito que hacen los agentes realizan hacia los organismos de intermediación financiera que utilizan estos fondos para conceder préstamos destinados a financiar inversiones.¹²⁴

El intermediario posibilita la circulación de recursos financieros entre los tenedores de los fondos y los destinatarios finales de ellos, de manera tal que su labor constituye un nexo entre una oferta y una demanda. La emisiones de acciones y bonos u otros activos de deuda, puede realizarse con todas las garantías y el respaldo que una institución financiera otorga con el fin de facilitar el contacto entre vendedor y comprador, proporcionando a ambos la información necesaria para asegurar una buena transacción. El intermediario financiero mejorará el mecanismo de colocación de ahorros financieros en las inversiones más provechosas. Es así como se ayuda a las pequeñas y medianas empresas a darse a conocer en el sistema financiero, habilitándolas para emitir documentos como los bonos y acciones por conducto de este mercado.

Por ejemplo, muchas empresas de pequeña y mediana escala en América Latina recurren al arrendamiento financiero para financiar sus inversiones.

El hecho de que la compañía de arrendamiento financiero retenga la propiedad legal de los bienes arrendados permite que el arrendatario pueda optar por el uso de equipos en régimen de arrendamiento en función del flujo de caja generado en lugar de su historial crediticio, activos o capital de base.

¹²³ Cabanellas, Guillermo. **Temas de derecho comercial moderno**. Pág. 73

¹²⁴ Fernández, Olcese. **Ob. Cit.** Pág. 9



6.3 Control de la superintendencia de bancos como resultado de la comisión del delito de intermediación financiera

La ley faculta al órgano supervisor (superintendencia de bancos) para ejercer la supervisión consolidada, establece mecanismos ágiles de reestructuración y salida de instituciones insolventes, establece normas para la correcta administración de riesgos de las instituciones bancarias.

Así mismo como resultado de la comisión del delito de intermediación financiera el estado crea en la ley de bancos y grupos financieros decreto 19-2002, las sanciones que puede imponer la superintendencia de bancos, sus títulos ejecutivos, sin olvidar las excepciones especiales contenidas en dicha ley.

Las instituciones financieras locales privadas con el propósito de fomentar el desarrollo institucional y crear nuevos productos financieros, participan asimismo en fondos de capital privado y fondos de capital de riesgo a través de los cuales proporciona capital a pequeñas y medianas empresas de la región.

6.4 La agenda legislativa 2006 y su relación con el delito de intermediación financiera

Los diputados se fueron de vacaciones en el año 2005 sin aprobar leyes de trascendencia inmediata.

El presidente del Legislativo y de la Comisión Permanente, Jorge Méndez, fracasó en su intento de convocar a reuniones extraordinarias para aprobar leyes urgentes antes del 31 de diciembre.

Así quedaron en el tintero legislaciones clave para la inmediata entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos (TLC). Pero no son las únicas. El tema de la seguridad aguarda la aprobación de leyes que permitan mejorar la protección ciudadana, así como otros



textos destinados a aumentar la captación fiscal o la propiedad sobre recursos básicos.

La polémica desatada en diciembre por la fecha de la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio tiene a los diputados como uno de sus principales protagonistas, sin que éstos aparezcan en escena.

Y es que hay una docena de leyes complementarias pendientes de aprobar, que han sido esgrimidas como argumento por las autoridades estadounidenses para dudar de la capacidad de Guatemala de entrar al acuerdo comercial. El Congreso ni siquiera logró reunirse para aprobar la Ley Marco del TLC, que funcionaría como una gran sombrilla de las leyes compensatorias, exigidas por numerosos grupos de la sociedad civil.

Entre éstas figuran legislaciones como la de desarrollo rural, de diversificación agrícola, intermediación financiera, protección a las micro, pequeñas y medianas empresas y reformas al Código de Trabajo.

Y además las siguientes:

- Leyes compensatorias del TLC
- Ley Marco de Desarrollo Rural
- Ley de Incentivos para la Diversificación de la Agricultura
- Ley de Garantías Mobiliarias no Convencionales
- Ley de Intermediación Financiera
- Ley de Institucionalización del Pacto Fiscal
- Ley para la Protección del Mediano y Pequeño Agricultor
- Ley de Protección a la Micro, Pequeña y Mediana Empresa



CONCLUSIONES

1. Comete el delito de intermediación, toda persona individual o jurídica que se dedique en forma pública o privada, a la captación de dinero o de cualquier instrumento representativo de dinero, como los depósitos, cheques, mercancías, sin estar autorizadas para ejercer esta actividad financiera.
2. Las limitaciones del delito de intermediación financiera en el comercio de Guatemala, que reconoce la Constitución Política de la República en su Artículo 43, no deben restringir a la actividad comercial sino, sancionar aquellas actividades comerciales que causan daño a la sociedad, o la comercialización de aquellos bienes que están fuera del libre comercio entre los hombres, o destinar actividades comerciales a fines ilícitos.
3. Desde la óptica de la economía como un todo, el sistema de intermediación financiera permite reducir los costos de la movilización de fondos, entre agentes que tienen exceso de recursos y traspasarlos a aquéllos que presentan necesidades de capital y así apoyar el desarrollo de la economía. Esta mayor movilización de recursos podría generar el incremento del ahorro y, por ende, de la inversión real en la economía, lo cual incidiría favorablemente en el crecimiento económico.
4. El delito de intermediación financiera está generando la caída de la cartera de créditos y convulsiones sociales, la inseguridad jurídica de las empresas y algunos otros factores están incidiendo directamente sobre los niveles de riesgo de los solicitantes de crédito. Este hecho ha ocasionado que las entidades de intermediación financiera en la actualidad hayan adoptado políticas de crédito más conservadoras y estén comenzando a fijar tasas de interés activas en función al nivel de riesgo del solicitante de crédito.



5. Como consecuencia de la creación del delito de intermediación financiera en Guatemala, se da como resultado la quiebra de pequeñas y medianas empresas, porque los comerciantes que tengan la necesidad de agenciarse de fondos no lo pueden hacer de otras personas que no sean las entidades autorizadas por la ley de bancos y grupos financieros.

6. Las instituciones de intermediación financiera tienen la responsabilidad social de colaborar en la protección de los ahorros del público, evitando que esta captación de dinero se vea involucrada en el procesamiento de activos provenientes de actividades delictivas, asumiendo el compromiso ético de mantener una conducta preventiva eficaz para el logro del objetivo planteado

7. El delito de intermediación financiera regulado en el Artículo 96 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, trae aparejado muchos problemas, pues los legisladores para brindar mayor protección a la población trataron de abarcar todos los posibles problemas que podrían surgir del ejercicio de la intermediación financiera, dejando un artículo muy extenso y poco comprensible pues el sólo hecho de captar dinero por medio de un cheque nos convierte en intermediarios financieros.



RECOMENDACIONES

1. A los comerciantes, que legalicen su estatus como personas individuales o jurídicas, de conformidad con la ley y para que de ese modo la economía nacional crezca.
2. A los sectores productivos, que presten servicios financieros eficientes y transparentes, apoyados por el Gobierno en la construcción de la infraestructura básica, a través de inversión pública y, sobre todo, de estabilidad y paz social para que no cometan el delito de intermediación financiera.
3. A la Superintendencia de Bancos, realizar vigilancia continua sobre las personas que ejerzan la intermediación financiera, evitando limitar el comercio a la población.





BIBLIOGRAFÍA

- AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G. **Derecho penal**. Ed. Harla, México, 1993. (s.e.)
- ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. **Introducción al estudio del derecho**. Ed. Universitaria de Bilbao, España, 1983. (s.e.)
- BEECK, Karin Marianne. **La eficacia bancaria y el margen de intermediación financiera**. Ed. ASIES. Guatemala. 1998.
- BETRAN, Carlos. **El derecho del mercado financiero**. Ed. Civitas, Madrid, España. 1992. (s.e.)
- CABANELLAS, Guillermo **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Ed. Heliasta SRL. Buenos Aires 1979. 10^a ed.
- CABANELLAS, Guillermo. **Temas de derecho comercial moderno**. Ed. Depalma. Buenos Aires 1998. (s.e.)
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y DE MATA VELA José Francisco. **Derecho penal guatemalteco**. Ed. Llerena. 10^a ed. Guatemala 1999.
- Diccionario de la lengua española**. Vigésima primera edición. Ed. Espasa-Calpe. Madrid, España, 1992.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, **Manual de derecho penal guatemalteco, parte general**. Ed. Impresos Industriales, Guatemala, 2001. (s.e.)
- FERNÁNDEZ, Olcese. **La intermediación financiera y la inversión institucional**. Ed. Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, (s.l.), 1981. (s.e.)
- JESCHECK, Hans Heinrich, **Tratado de derecho penal**. Ed. Bosch. Barcelona, España, 1981. (s.e.)



MARCUSE, Robert, **Diccionario de términos financieros y bancarios.** Ed. Heliasta, Buenos Aires, Argentina: (s.f.), (s.e.)

MARTÍNEZ GÁLVEZ, Arturo. **Derecho bancario.** Ed. Vile. Guatemala, 1987. (s.e.)

MOLLE, Giacomo. **Manual de derecho bancario.** Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1994. 2da. ed.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito.** Ed. Temis 2ª Edición. Bogotá, Colombia. 2004.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Ed. Heliasta. Buenos Aires, Argentina: 1982. (s.e.)

PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal.** Ed. Nauta. Barcelona, España. 1959.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. **Contratos bancarios. Su significación en América Latina.** Cuarta edición. Ed. Elaban, Bogotá Colombia. 1998.

RAMÓN TAMAMES, Santiago Gallego. **Diccionario de economía y finanzas.** Séptima edición. Ed. Limusa Noriega, Madrid, España. 1994.

SIERRA GONZALEZ, José Arturo. **Derecho constitucional guatemalteco.** Ed. Piedra Santa, Guatemala, 2000. (s.e.)

SILVA SANTIESTEBAN, José. **Curso de derecho constitucional.** Ed. Bouret, París, Francia 1981. (s.e.)

WESTON, J. Freed. **Finanzas en administración.** Ed. Copelan; 8ª. ed. (s.l.), (s.f.)

WESSELS Johannes. **Tratado de derecho penal.** Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1980.



Legislación:

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

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República, Decreto 2-89

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

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

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

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

Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos. Congreso de la República.
Decreto 67-2001