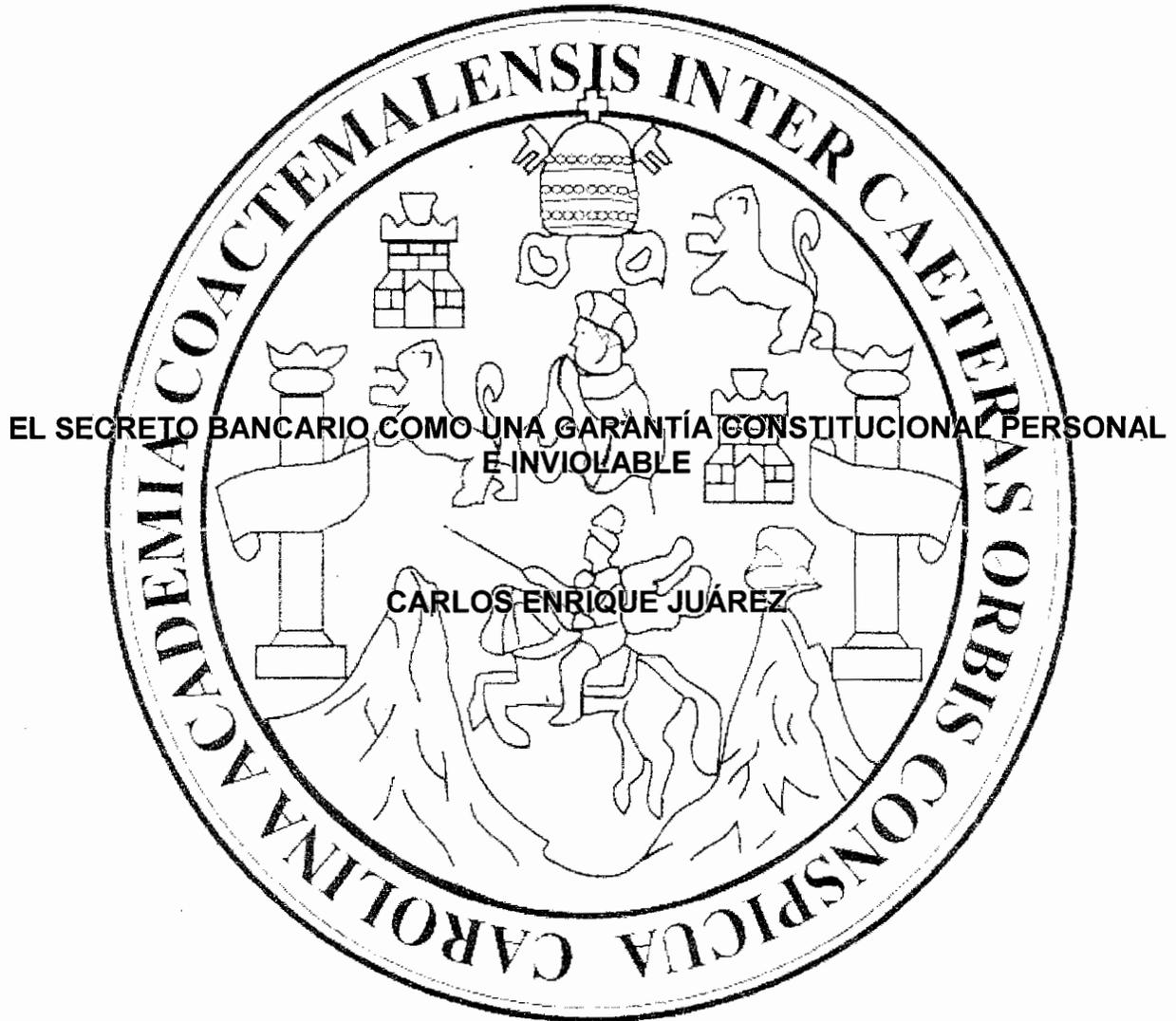


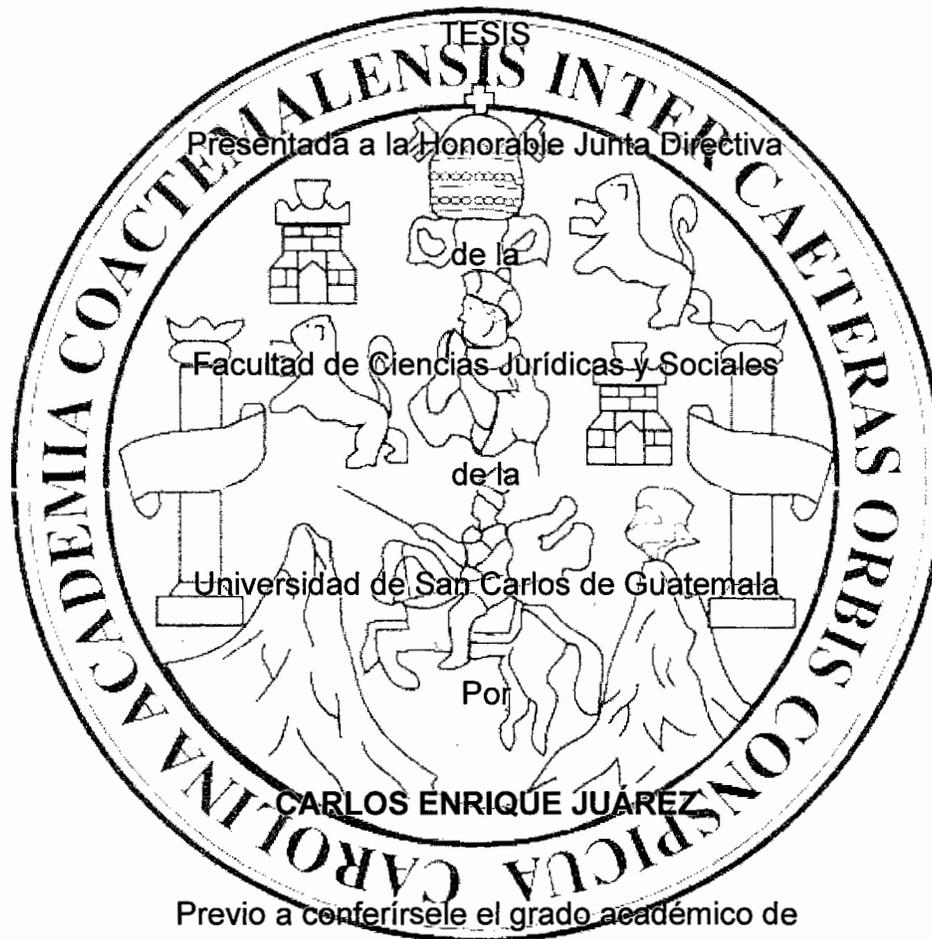
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



GUATEMALA, MAYO DE 2013

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

**EL SECRETO BANCARIO COMO UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL PERSONAL
E INVOLABLE**



Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo de 2013.



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

DECANO: Lic. Avidán Ortíz Orellana
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocaél López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Héctor David España Pinetta
Vocal: Lic. Rigoberto Rodas Vásquez
Secretario: Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Crista Ruíz de Juárez
Vocal: Licda. Benicia Contreras Calderón
Secretario: Lic. Víctor Ataulfo Taracena Girón

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Lic. Marco Antonio Comparini Vielman
Abogado y Notario



DICTAMEN DEL ASESOR

Guatemala, 17 de julio de 2012.

Doctor
Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Licenciado Castro:

En cumplimiento del dictamen emanado de la Unidad de Tesis, bajo su digno cargo, de fecha 29 de septiembre de 2011, en la cual se me nombra Asesor del trabajo de Tesis del estudiante Carlos Enrique Juárez, carné 84-13656, intitulado **“EL SECRETO BANCARIO COMO UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL PERSONAL E INVOLABLE”**, procedo a emitir el siguiente dictamen.

La investigación realizada por el sustentante, fue abordada desde el punto de vista legal y doctrinario, la metodología empleada se basó en el método analítico y deductivo, así como en técnicas de investigación documental, bibliográfica y de observación.

La tesis fue redactada de manera clara, práctica y de fácil comprensión, dando un aporte técnico y científico que puede ser utilizado por docentes y estudiantes de las diferentes instituciones educativas, aportando conclusiones y recomendaciones que deben ser tomadas en

Lic. Marco Antonio Comparini Vielman
Abogado y Notario



cuenta, para contribuir en la conservación del secreto bancario, con motivo de la importancia que representa para los diferentes agentes económicos del país, el mantener el sigilo de las operaciones banco-cliente.

El orden que se siguió en el desarrollo de la investigación es correcto y para su realización se utilizó bibliografía de conocidos autores nacionales y extranjeros.

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

Por las razones expuestas, el suscrito asesor aprueba y emite el DICTAMEN FAVORABLE, en el trabajo de tesis del bachiller Carlos Enrique Juárez, para que continúe con el trámite respectivo.

Sin otro particular, me suscribo de usted, con muestras de mi consideración y estima.



Marco Antonio Comparini Vielman
ABOGADO Y NOTARIO



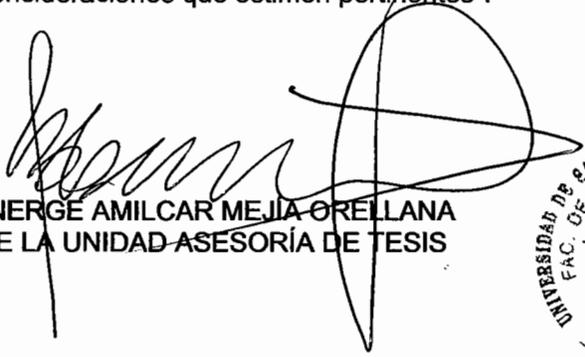
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 03 de agosto de 2012.

Atentamente, pase al LICENCIADO RIGOBERTO RODAS VÁSQUEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante CARLOS ENRIQUE JUÁREZ, intitulado: "EL SECRETO BANCARIO COMO UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL PERSONAL E INVIOLABLE".

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


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

cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyr.



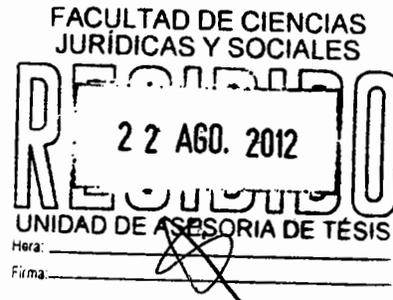
Lic. Rigoberto Rodas Vásquez
7 Av. 1-20 Zona 4, Edificio Torre Café, 9º. nivel, oficina 910
Tel. 2334 – 2043, Colegiado No. 4083



Guatemala, 22 de agosto de 2012

Doctor

Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Doctor Mejía Orellana:

En atención a su providencia de fecha tres de agosto de dos mil doce, en la cual se me designa como revisor del trabajo de tesis del estudiante Carlos Enrique Juárez, carné 84-13656, intitulado **“EL SECRETO BANCARIO COMO UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL PERSONAL E INVOLABLE”**, procedo a emitir el siguiente dictamen.

En la revisión de mérito se determinó que el trabajo elaborado por el Bachiller CARLOS ENRIQUE JUÁREZ, contiene los elementos científicos y técnicos necesarios, los cuales se desarrollan adecuadamente en la temática correspondiente. Respecto a la estructura de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, éstas son adecuadas para el desarrollo del tema y el logro de los objetivos planteados.

En cuanto a la redacción de la tesis, se observó que la misma fue realizada con una secuencia que permite la fácil comprensión, en forma clara y ordenada, utilizando los métodos deductivo e inductivo de investigación.

Lic. Rigoberto Rodas Vásquez
7 Av. 1-20 Zona 4, Edificio Torre Café, 9º. nivel, oficina 910
Tel. 2334 – 2043, Colegiado No. 4083



El tema investigado resulta de vital importancia, enfocado desde los puntos de vista civil, penal y administrativo, por lo que la contribución científica del mismo, es evidente, aunado a que el autor arribó a conclusiones y recomendaciones congruentes con el tema investigado, redactadas en forma clara y sencilla, confirmando los supuestos y la hipótesis planteada.

Se determinó que el autor realizó una profunda investigación del tema y acudió a fuentes bibliográficas doctrinales y legales de importantes jurisconsultos, citando la legislación vigente en nuestro país que gira en torno al tema.

La tesis llena todos los requisitos exigidos por el reglamento universitario vigente, tomando en cuenta lo que para el efecto regula el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Por las razones expuestas, el suscrito revisor aprueba y emite el DICTAMEN FAVORABLE, en el trabajo de tesis del bachiller Carlos Enrique Juárez, para que continúe con el trámite respectivo.

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

Lic. Rigoberto Rodas Vásquez
Abogado y Notario



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 11 de abril de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante CARLOS ENRIQUE JUÁREZ, titulado EL SECRETO BANCARIO COMO UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL PERSONAL E INVOLABLE. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/silh.

A handwritten signature in black ink, appearing to be "BAMO/silh.", written over a horizontal line.

A handwritten signature in black ink, appearing to be "Lic. Avidán Ortiz Orellana", written over a horizontal line.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



A handwritten signature in black ink, appearing to be "Rosario", written over a horizontal line.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Gracias padre todopoderoso, porque todo lo que tengo te lo debo a ti, y por darme la oportunidad de alcanzar este éxito. Bendito seas.
- A MIS PADRES:** Muchas gracias por sus enseñanzas y consejos. Este triunfo se los dedico, con mucho cariño.
- A MI ESPOSA:** Por el gran apoyo y comprensión en todo momento, con amor.
- A MIS HIJOS:** Luz de mi vida e inspiración de mis metas.
- A MIS AMIGOS:** Por su cariño y amistad.
- A LOS PROFESIONALES:** Marco Antonio Comparini, Rigoberto Rodas, Sergio Pérez y Oscar Fuentes, de quienes he adquirido conocimientos y experiencia profesional.
- A:** LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, fuente infinita de conocimientos.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....i

CAPÍTULO I

1.	Secreto bancario	1
1.1.	Definición	1
1.2.	Paraíso fiscal	3
1.3.	Antecedentes históricos del secreto bancario.....	5
1.4.	Naturaleza jurídica.....	12
1.5.	Teorías sobre la naturaleza jurídica del secreto bancario.....	14
1.6.	Finalidades del secreto bancario.....	21

CAPÍTULO II

2.	Bancos	29
2.1.	Definición	29
2.2.	Antecedentes históricos	35
2.3.	Naturaleza jurídica.....	38
2.4.	Operaciones bancarias en Guatemala.....	39
2.5.	Campo de aplicación del secreto bancario	44



CAPÍTULO III

3.	Regulación y secretividad bancaria	47
3.1.	Definición.....	47
3.2.	Naturaleza jurídica.....	49
3.3.	El secreto bancario y su relación con otras leyes.....	50

CAPÍTULO IV

4.	La supresión del secreto bancario como una violación al derecho constitucional inherente a las personas	59
4.1.	Derecho constitucional.....	59
4.2.	Jerarquía de las normas constitucionales	60
4.3.	Partes que conforman la Constitución	62
4.4.	Clases de Constitución	64
4.5.	Cambios a la Constitución	65
4.6.	Consecuencias jurídicas en la violación del secreto bancario.....	70
4.7.	El secreto bancario y el control del lavado de dinero y otros activos y el financiamiento al terrorismo	75
4.8.	Excepciones del secreto bancario.	76
4.9.	Propuesta jurídica para garantizar el secreto bancario y coadyuvar en la administración de la justicia.	83



CONCLUSIONES	89
RECOMENDACIONES	91
BIBLIOGRAFÍA	93

CAPÍTULO III

3.	Regulación y secretividad bancaria	48
	3.1. Definición.....	48
	3.2. Naturaleza jurídica.....	50
	3.3. El secreto bancario y su relación con otras leyes.....	51

CAPÍTULO IV

4.	La supresión del secreto bancario como una violación al derecho constitucional inherente a las personas	60
	4.1. Derecho constitucional.....	60
	4.2. Jerarquía de las normas constitucionales	61
	4.3. Partes que conforman la Constitución	63
	4.4. Clases de Constitución	65
	4.5. Cambios a la Constitución	66
	4.6. Consecuencias jurídicas en la violación del secreto bancario.....	71
	4.7. El secreto bancario y el control del lavado de dinero y otros activos y el financiamiento al terrorismo	76
	4.8. Excepciones del secreto bancario.	77
	4.9. Propuesta jurídica para garantizar el secreto bancario y coadyuvar en la administración de la justicia.	84



CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES.....	91
BIBLIOGRAFÍA	93



INTRODUCCIÓN

Conforme a la legislación bancaria guatemalteca, únicamente los bancos autorizados conforme a la ley o leyes específicas podrán realizar intermediación financiera bancaria, la cual consiste en la realización habitual, en forma pública o privada, de actividades de captación de dinero, o cualquier instrumento representativo del mismo, 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.

La misma legislación regula que los bancos, las sociedades financieras, los bancos de ahorro y préstamo para la vivienda familiar y los grupos financieros, entre otros, se regirán, en su orden, por sus leyes específicas, por la Ley de Bancos y Grupos Financieros, por las disposiciones emitidas por la Junta Monetaria y, en lo que fuere aplicable, por la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, la Ley Monetaria y la Ley de Supervisión Financiera.

Durante más de 300 años, los bancos suizos han guardado el dinero de los poderosos de este mundo y actualmente cuentan con oficinas a nivel global, debido a su poderío internacional y al requerimiento de muchos clientes por proteger su dinero bajo el secreto bancario de ese país.

El presente trabajo de tesis se desarrolla desde la perspectiva de su regulación y de la importancia de mantener la plena vigencia del secreto bancario, toda vez que el crecimiento y desarrollo de los sistemas bancarios, está necesariamente acompañado de una adecuada supervisión y de una plena legislación que regule las operaciones y el debido respeto de la confidencialidad de la variada información de los diferentes participantes en dicho sistema financiero.

En la investigación se planteó la hipótesis siguiente: Si se levanta el secreto bancario sin modificar la Constitución Política de la República, entonces se violará la garantía constitucional contenida en el Artículo 24 que reza:

...”La correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables. Sólo podrá revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales...”, la cual se comprobó mediante el análisis de la iniciativa de reforma constitucional 4326, presentada por el Organismo Ejecutivo al Organismo Legislativo.

Los objetivos de la investigación se alcanzaron, toda vez que se determinaron las ventajas e importancia del secreto bancario, aunado a que las distintas universidades del país contarán con una bibliografía que contiene un estudio integral respecto al tema de mérito, para consulta y estudio, desde los puntos de vista teórico y jurídico.

Se utilizaron en la investigación el método analítico, al estudiar cada uno de los elementos del tema de estudio; el método sintético, con el que se conformó el marco teórico; y los métodos deductivo e inductivo, para elaborar el informe final. La técnica bibliográfica permitió ordenar y clasificar el material consultado.

En ese sentido, en el capítulo primero de la presente tesis, se desarrolla el tema del secreto bancario, desde el punto de vista de su definición, antecedentes históricos y naturaleza jurídica, con el objetivo de hacer notar la importancia de dicha figura para los diferentes agentes económicos que participan o se desenvuelven en el sistema financiero.

En el capítulo segundo se desarrolla el tema de los bancos, partiendo de su definición, naturaleza jurídica y descripción de operaciones permitidas, con el objetivo de determinar el campo de acción o aplicación del secreto bancario, toda vez que son variadas las operaciones permitidas a dichas instituciones.

En el capítulo tercero de la investigación, se trata el tema de la regulación y secretividad bancaria, su definición, naturaleza jurídica y las normas que lo regulan, con la idea de determinar las diferentes disposiciones que de una u otra forma contienen y desarrollan el secreto bancario como un derecho de las personas.



Finalmente, en el capítulo cuarto se desarrolla el tema de la supresión del secreto bancario como una violación al derecho constitucional inherente a las personas, desde el punto de vista de su definición, así como de las consecuencias jurídicas de dicha violación, considerando las diferentes excepciones a dicho secreto.



CAPÍTULO I

1. El secreto bancario

1.1 Definición

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, se entiende por secreto “cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta.”¹ Es lo ignorado, escondido separado de la vista o del conocimiento de los demás. Secreto es lo oculto, ignorado, reservado. Reserva, sigilo, conocimiento personal, exclusivo, de un medio o procedimiento en cualquier ciencia o arte.²

El término bancario, deviene de banco, establecimiento público de crédito, constituido en sociedad por acciones, que tienen por objeto básico facilitar la financiación de las distintas actividades económicas, de donde se deduce que secreto bancario es lo que el banco tiene cuidadosamente reservado y oculto de la vista o conocimiento de los demás y que no puede ser conocido por nadie, nada más que por el banquero y el cliente.

Se considera actividad bancaria a todas las actividades y procesos que tienen lugar en un banco o entidad financiera a los efectos de administrar y prestar dinero. Un banco es una institución financiera que tiene el propósito social y económico de administrar, prestar y realizar otras operaciones de intermediación con dinero. Es a menudo una institución privada, pero también puede considerarse al Banco Central de una economía nacional en este conjunto de instituciones.

¹ www.rae.es/rae.html (Guatemala, 19 de junio de 2012).

² Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*, Pág. 360.



Es decir, hay bancos privados, públicos, mixtos, corrientes, especializados, de emisión centrales y de segundo piso. Se llama sistema bancario al grupo de entidades que en una economía o sociedad ejecutan las actividades consideradas bancarias.

Por secreto bancario, "se entiende la información reservada o confidencial que se conoce por el ejercicio de determinada profesión o actividad; como los sacerdotes, por confesión de delincuentes; los abogados y defensores, por revelación de sus patrocinados; los militares, por estar en cierto establecimiento de defensa nacional, en investigaciones o cargos que impiden toda manifestación."³

Para Malagarriga (Argentina), "es la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros, sin causa justificada, los datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vincula"⁴; para Argueri, el secreto bancario, también denominado secreto financiero, "es el principio general de reserva sobre hechos no conocidos públicamente que por razones de profesionalidad han llegado a conocimiento del banco, respecto de su cliente, y que debe mantener oculto.

El fundamento de lo anterior deriva de la circunstancia de que el banco sólo ha podido tener ese conocimiento por la prestación de un servicio o ayuda económico-financiera facilitada al cliente y por el ligamen derivado de esa vinculación."⁵

³ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Pág. 47

⁴ Malagarriga, Juan Carlos, *Secreto bancario*, Pág. 133.

⁵ A. Argeri, Saúl, *Diccionario de derecho comercial y de la empresa*, Pág. 354.



Para Acosta Romero, “el secreto se deriva de la palabra latina “sertum” que significa oculto, lo ignorado, lo escondido y es una derivación del verbo “sercenere”, que significa segregar, separar, apartar.”⁶.

Una definición propia podría ser la de considerar al secreto bancario como una obligación del banquero de no revelar los datos e informaciones comunicados por sus clientes, en sus relaciones.

Hallaremos tantas definiciones como autores, por lo que para efectos de este estudio, expresaremos que secreto bancario es la obligación que tiene el banquero de no revelar a terceros los datos comunicados por sus clientes, con motivo de las operaciones activas, pasivas, de confianza u otros servicios, realizadas entre sí.

1.2 Paraíso fiscal

Es difícil dar una definición absoluta de cualquier institución jurídica, pues, tal objetivo sólo puede lograrse una vez analizados exhaustivamente todos los caracteres y elementos del objeto en estudio, por lo que es necesario partir de alguna definición, para delimitar el objeto de la investigación y analizar los elementos comunes.

Paraíso fiscal es el país que se caracteriza con una reglamentación monetaria y una fiscalización más flexible y favorable que en el resto del mundo, lo cual atrae capitales extranjeros.

⁶ Acosta Romero, Miguel, **Derecho bancario**, Pág. 190.

Término que aún polémico, nos sirve para designar a los países y territorios con escasa o nula tributación para las operaciones financieras y que aparecen relacionados periódicamente con hechos y escándalos que trascienden a los demás Estados, cuyas economías dañan, facilitando la evasión fiscal y la delincuencia financiera globalizada de todo tipo.⁷

Los paraísos bancarios y fiscales se caracterizan por la falta de penas contra el blanqueo del dinero; impuestos sobre ingresos; tasas de impuesto sobre donaciones y herencias; secreto bancario; obligación para el banco de conocer al cliente; existencia de cuentas anónimas; sanción para el banquero de revelar a las autoridades judiciales o fiscales, el nombre del beneficiario de una transacción o del titular de una cuenta.

Otras características de los paraísos fiscales lo constituye la falta de control de transacciones financieras; existencia de instrumentos monetarios al portador; falta o escasez de organismos de control bancario; existencia de cuentas bancarias en dólares; y falta o la escasez de los medios de investigación sobre las actividades criminales o de corrupción generalizada.

La OCDE estableció criterios para identificar un paraíso fiscal, y menciona los impuestos insignificantes, la ausencia de transparencia en el régimen fiscal, la carencia de intercambio de información fiscal con otros Estados, entre otros.⁸

⁷ Martínez, José María, **Los paraísos fiscales, uso de las jurisdicciones de baja tributación**, Pág. 25.

⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico – OCDE –, **Informe sobre competencia fiscal perjudicial**, Pág. 336.



Cabe comentar que Guatemala ha avanzado muy favorablemente en la regulación control de operaciones bancarias, mediante normas que regulan el secreto bancario, el control de lavado de dinero, con políticas para conocer a sus clientes y con la modernización de las leyes que regulan el sistema financiero, lo cual pone al país en buenas condiciones de control, para no ser considerada paraíso fiscal.

Prueba de lo anterior, según publicaciones de Prensa Libre del 6 de diciembre de 2012, lo constituye el hecho que Guatemala quedara fuera de la lista gris de países no cooperantes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), lo cual crea un ambiente de certeza para atraer inversiones extranjeras y una mejor imagen para el país.

Bajo el secreto profesional aplicado a los bancos, a sus órganos y empleados, no puede divulgarse el nombre de sus clientes, sus haberes ni ninguna cuestión que les concierna sean quienes sean los solicitantes, a menos que surja un litigio sobre una operación bancaria entre el banco y el cliente, por cuestión de impuestos o fraude fiscal, previa orden de juez competente.

1.3 Antecedentes históricos del secreto bancario

Reconociendo la dificultad de encontrar referencias directas al secreto bancario, en los primeros momentos de la historia, debido a la escasez de fuentes, principalmente de carácter jurídico, consideramos oportuno realizar unas breves referencias al contexto en el que se desarrolla en sus orígenes la actividad crediticia.



De este modo, frente a un sector doctrinal que entiende que no puede hablarse secreto bancario en sentido propio, hasta los albores del siglo XV, con la aparición de los bancos de depósito y giro, incluso afirmando la inutilidad de intentar demostrar que la banca ha observado desde siempre silencio sobre las operaciones de sus clientes.

Otro sector trata de buscar unos antecedentes de la institución mucho más antiguos, remontándose a los orígenes mismos de la actividad bancaria, que se sitúa en los primeros templos de la antigüedad.

El secreto bancario era una práctica común en los depósitos que se hacían en tales templos y dichas operaciones se les relacionaba con lo desconocido, la magia y la religión y a tales operaciones que se relacionaban con el secreto profesional del banquero.⁹

Tales templos disponían de recursos que podían destinar a actividades de préstamo (naturalmente en especie) pues además de la explotación de sus tierras; ya fuese realizada directamente o a través de arrendatarios; contaban con las donaciones y ofrendas de los fieles. El carácter misterioso y oculto que presidiría las actividades allí desarrolladas daría lugar a una discreción presente también en los negocios bancarios.

Cabe comentar que, el documento jurídico más importante de la época, el Código de Hammurabi, uno de los primeros antecedentes legislativos del ser humano, que data del siglo XVI a. de C. y mejor conservados documentos de la antigua Mesopotamia.

⁹ Acosta Romero, Pág. 407.



Dicho Código en ninguno de sus apartados se refiere a los contratos bancarios, sólo contiene normas relativas al contrato de comisión, regulándose la prueba de la entrega de fondos entre comisionista y comitente.

El comercio bancario en Babilonia registró una fuerte expansión a partir del siglo VII a. de C., desarrollándose nuevas prácticas, como la del servicio de caja en favor del cliente, pagos a cargo de sus depósitos o transferencias o traslados a otros lugares. Los banqueros asumen funciones de notarios, empezando a intervenir en la redacción de documentos de las relaciones contractuales ajenas.

Además, paulatinamente los particulares van concurriendo a los templos para el ejercicio de la actividad bancaria, al comenzar a coexistir con éstos los grandes propietarios.

De modo paralelo al desarrollo del comercio, la actividad bancaria en Grecia, especialmente en Atenas, alcanzó una gran importancia, a lo que contribuyó el uso de la moneda a partir del siglo VII a. de C., además de ciertas condiciones jurídicas como la equiparación jurídica con los mercaderes extranjeros, la ausencia de forma en los contratos, préstamos con intereses sin fijar tasa alguna, etc.

Las prácticas bancarias griegas las conocemos gracias a los discursos de Demóstenes e Isócrates, de los cuales se deduce la existencia en Grecia del secreto bancario, pues los contratos eran celebrados sin la presencia de testigos.



Correspondía al banquero la función de redactar el contrato que luego pasaba a sus registros; los cuales servían de plena prueba.

Los banqueros griegos llevaban dos tipos de registros: los diarios sobre los que escribían las operaciones a medida que éstas se iban desarrollando y los libros en los que cada cliente tenía una cuenta abierta a su nombre, con una página para el activo (derechos) y otra para el pasivo (obligaciones). Existía el deber de llevanza de contabilidad por parte del banquero, pero no de otros comerciantes.

El comercio bancario, de origen antiquísimo (Babilonia, Egipto, Grecia), se desarrolló espléndidamente en la Edad Media en las ciudades italianas, y desde ellas se entiende al resto de Europa, descubriendo el sello italiano no sólo en la técnica, sino en las palabras de la técnica bancaria (banquero, cuenta corriente, giro, descuento, etc.), dedicados los campsores (banqueros) al cambio de monedas, operación compleja y difícil debido a las falsificaciones.¹⁰

En Francia, en el año 1724, en la época real, por medio de La Grande Ordennance sur le comerce, dictó una resolución del Consejo de Estado en la que ordenó que los agentes de cambio no podrán mencionar en ningún caso, a las personas que les hayan encargado negocios, que tendrán que guardar un secreto inviolable y deberán servirles con fidelidad en cualquier circunstancia de la negociación.¹¹

¹⁰ Garringues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Pág. 71.

¹¹ Pacheco Pulido, Guillermo, *El secreto en la vida jurídica*, Pág. 23.



El secreto bancario era parte de la ética en los negocios de esta naturaleza, por lo que a la figura se le conocía con el nombre de reserva y se le consideraba parte de los derechos humanos, por lo que se tipificaba la violación de dicha reserva, como un verdadero delito.¹²

Remontándonos a periodos actuales, respecto al tema del secreto bancario, Suiza es el país que ha liderado en el tema y en el control de lavado de dinero, logrando a la fecha una posición muy importante dentro de los bancos más sólidos, líquidos y solventes del mundo, gracias en buena parte, al cumplimiento al deber de sigilo en sus operaciones con los clientes.

En este sentido, conviene partir refiriéndonos en primer término a los orígenes del secreto bancario suizo. Éste ha protegido a los fondos depositados en los bancos de Suiza por más de trescientos años.

Los banqueros de la ciudad de Ginebra, fueron los reyes de Francia, quienes apreciaban grandiosamente la discreción de sus prestamistas de dinero. Cabe comentar que los banqueros genibreses eran protestantes, a menudo de origen francés y a quienes, por sus creencias religiosas, se les perseguía.

A pesar de lo anterior, como buenos comerciantes, estos banqueros no abandonaron a sus clientes, dejando de lado la persecución a la que se les había sometido para así continuar financiando a los reyes de Francia, pero ahora desde Ginebra, Suiza.

¹² Ibid. Pág. 27



En aquella época, que mejor prestatario que un Rey francés, con gran capacidad pagar sus préstamos a tiempo y con variadas necesidades financieras.

Volviendo ahora al ámbito de lo jurídico, es destacable que una de las primeras piezas legislativas en regular el secreto bancario, propiamente tal, daten de este período. En 1713, el Gran Concilio de Ginebra, emitió regulaciones bancarias que establecían la obligación de los banqueros de mantener un registro de su clientela y sus transacciones.

Los banqueros, sin embargo, tienen prohibido divulgar esta información a cualquier otro que no fuera el respectivo cliente, salvo cuando hubiere acuerdo expreso del Concilio Cantonal.

Fue gracias a este tipo de normas que, Suiza llegó a convertirse en un asilo político y financiero, para aquellos que huyeran del levantamiento político que dividiría al antiguo continente europeo a partir de 1789, luego de la Revolución Francesa, proveyendo un seguro y lucrativo edén a los fondos de los nobles que escapaban de la revolución, así como también a varios de los de gobiernos que correrían la misma suerte. El mismo Napoleón Bonaparte fue uno de los clientes regulares de los bancos suizos.

Suiza, por su neutralidad reconocida desde el siglo XVIII, su estabilidad política, su cultura y el respeto a las instituciones, tiene un sistema bancario sólido, que lo hace merecedor de toda confianza, base de todo sistema financiero.



Lo anterior es plena razón por la cual los bancos privados que operan en dicho país son los más antiguos y en muchos aspectos los más importantes del mundo.

Dichos bancos no publican balances y otros datos y han sabido dar a sus operaciones tal seguridad y sigilo, que hacen que personas de todo el mundo se vean atraídas por la estabilidad y neutralidad, y provocadas por las dificultades, revoluciones, controles de cambios, bloqueos de cuentas, altos impuestos y graves problemas de inflación de sus países.

El secreto bancario en Suiza, adquiere un gran impulso en los inicios del siglo XX. En aquel entonces un cliente podía colocar una queja por daños contra cualquier banco que no cumpliera su deber de confidencialidad. Los derechos civiles cantonales, o de distrito, fundidos en 1907 en el Código Civil de Suiza, y también el Código del Trabajo en 1911, otorgaron garantías suficientes para que los clientes de bancos que fueran agraviados fortalecieran sus derechos.

Pero por otro lado, en aquel período no existía disposición penal al respecto, es decir, no había amenaza de privación de libertad para el banquero responsable de infringir el secreto bancario. En 1930, la Corte Federal Suprema de Suiza, resolvió que la confidencialidad de los banqueros constituye un deber implícito en el contrato. El secreto bancario no es otra cosa que el derecho de cada cliente de un banco a demandar la más estricta confidencialidad en los asuntos de negocios que se le han confiado.



Es igualmente, y a la inversa, el deber del banco de mantener completamente silencio estos asuntos. Para el banquero en particular, este deber es independiente de la relación legal entre él y su cliente.

La jurisprudencia y varias disposiciones del Código Civil y del Código del Trabajo suizos, proveyeron una consistente estructura legal de apoyo al secreto bancario en aquel entonces. Pero aun así, sólo una ley explícitamente formulada podría dar a este sistema la fuerza requerida para sobrevivir a las calamidades por venir del siglo XX.

La caída de la Bolsa de Nueva York y el derrumbe de Wall Street en 1929, y la depresión económica sobre Europa al inicio de los años treinta, provocó que las relaciones internacionales se tensaran en demasía.

Ante el hecho del aumento del fascismo y los frentes populares, un reconocimiento legal del secreto bancario era la única manera en que el gobierno suizo abiertamente declarara sus creencias liberales y rehusara intervenir en los asuntos privados de sus ciudadanos. Esto se logró finalmente por medio de la Ley Federal de Bancos de Suiza, conocida como Banking Act en el año 1934.

1.4 Naturaleza jurídica del secreto bancario

Definir la naturaleza de una institución jurídica no es más que encuadrarla dentro de cierta categoría jurídica elaborada por la dogmática, con la finalidad de aplicar a la institución analizada, la descripción jurídica que por naturaleza le corresponde.



En cuanto a la naturaleza propiamente dicha del secreto bancario, los autores han oscilado entre decir que su origen es contractual; para otros surge como resultado de un uso o costumbre; un tercer grupo encuentra su fundamento en una relación extracontractual, referido a los daños que pudieran producirse, si se revelara la información brindada al banco; y otros defienden la tesis en el sentido de considerar el secreto bancario como una derivación del secreto profesional.

Por otra parte, un amplio sector de la doctrina considera que dicha figura participa tanto en el derecho público como en el derecho privado.

Público, porque le corresponde al Estado tutelar ese derecho, y privado, porque el secreto bancario tiene una naturaleza subjetiva, en el sentido que el derecho tutelado corresponde a un titular en particular, a quien le corresponde su ejercicio, para un caso en concreto y su correspondiente acción de daños y perjuicios, para restaurar el equilibrio legal alterado.

Bajo el secreto bancario, la ley impide formalmente su divulgación y esta prohibición, que constituye la obligación al secreto profesional, está acompañada de una sanción penal.

Es un deber inherente a la naturaleza de la actividad bancaria, a la profesión del banquero, en el que la confidencialidad, reserva o secreto, es connatural y consustancial a toda actividad bancaria.



No podría realizarse actividad bancaria alguna, si el cliente no tiene certeza de que la información que deposite en el banquero permanecerá en reserva.

Conforme la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República, las instituciones bancarias para operar requieren de autorización especial por parte de la Junta Monetaria, lo que indica que las operaciones que realizan interesan al público y constituyen en si un servicio público.

Este análisis conlleva a considerar que en el secreto bancario está implícito el interés público, en el sentido que las informaciones proporcionadas por el cliente derivado de las operaciones bancarias realizadas, deben ser protegidas en aras del interés público.

1.5 Teorías sobre la naturaleza jurídica del secreto bancario

La doctrina ha tratado de fundamentar el secreto bancario, buscando explicar la naturaleza jurídica, es decir, su razón de ser, desde el punto de vista jurídico. Para algunos autores el deber de secreto es contractual, pactado entre el banco y el cliente; otros le dan la categoría de uso mercantil, rigiendo los contratos de ese tipo; y otros lo consideran de tipo extracontractual.

Ha sido tradicional entre los distintos autores, la preocupación por buscar el fundamento jurídico del deber de discreción del banquero, sobre la naturaleza jurídica del secreto bancario, es decir, sobre la razón de su obligatoriedad, y se han expuesto varias teorías, entre ellas tenemos:



Teoría del uso

Para sus partidarios, el secreto bancario reúne los elementos necesarios para que el uso adquiera la condición de costumbre, se trata de una práctica de larga duración, nacida a partir de las cláusulas contenidas en los estatutos de los bancos por las que éstos se obligaban a guardar secreto, existiendo en la conciencia colectiva convicción sobre su obligatoriedad.

Pero, aunque efectivamente con el paso de los años y la reiteración de conductas, el secreto bancario se haya plasmado en un uso mercantil, y en determinados ordenamientos, en normas de carácter legal, a nuestro juicio la teoría no explica suficientemente la razón de ser de ese deber de secreto.

En esta teoría se hace referencia al secreto bancario como una práctica común de las entidades bancarias, que a través del tiempo ha adquirido la conciencia o convicción de obligatoriedad, constituyéndose de esta manera en una costumbre mercantil.

Basta recordar que desde Babilonia pasando por Roma, el derecho comercial fue producto de las permanentes relaciones de los mercaderes, en donde las relaciones banco-cliente, estaban plasmadas en un consentimiento tácito, en el sentido que ambas debían estar impregnadas de secretividad.

El uso bancario se origina de prácticas profesionales en la conclusión de contratos bancarios.



Asimismo, uso es: “acción y efecto de servirse de una cosa, de emplearla p utilizarla
Modo peculiar de obra o proceder. Empleo continuado de algo o de alguien. Forma
rudimentaria o inicial del derecho consuetudinario, que coexiste con la ley escrita.”¹³

Sobre el particular, no debe perderse de vista que el uso es una forma de derecho
consuetudinario o costumbre, menos solemne, que suele aplicarse supletoriamente y
se encuentra en una categoría inferior a la costumbre, actuando solamente en defecto
de ley, y, consecuentemente, debe tomarse en cuenta que, en el sistema jurídico
guatemalteco, prevalece el principio de supremacía de la ley sobre la costumbre.

Teoría normativista

Conforme a esta teoría, el secreto bancario constituye una obligación jurídica cuyo
fundamento radica en una disposición legal en sentido material, es decir, se constituye
en una obligación jurídica en la medida que se fundamente en una norma jurídica que
así lo ordena.

De acuerdo con esta idea, los autores han buscado el precepto de derecho positivo que
ampararía el secreto bancario, en el ordenamiento jurídico de los diferentes sistemas
legales, un ejemplo es el ordenamiento jurídico Suizo, que desde 1713 el Consejo
Cantonal de Ginebra crea normas legislativas, en las que se prohíben la divulgación de
los registros bancarios.

Norma es: una “Regla de conducta cuyo fin es el cumplimiento de un principio legal.

¹³ Ossorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Pág. 1003



La norma es aquella regla que, según la convicción declarada de una comunidad, debe determinar exteriormente, y de modo incondicionado, la libre voluntad humana.”¹⁴

Por lo antes anotado, puede concluirse que la fundamentación puramente legalista del deber de secreto adolece de cierta relatividad, toda vez que el secreto bancario existe y se respeta en países en los que no está consagrado mediante norma expresa, como en Italia o Alemania.

Teoría contractualista

Afirma esta teoría que el secreto bancario es un deber jurídico que se integra en el contrato, al ser conforme a la buena fe y al uso que el banquero guarde discreción en sus relaciones comerciales con los clientes.

En realidad, casi todos los autores que se han ocupado de la fundamentación del secreto bancario, coinciden en criticar este argumento, esencialmente porque no explica el porqué de la obligación de secreto en aquellos casos en los que entre cliente y Banco no se ha llegado a la conclusión de un contrato, por ejemplo, datos proporcionados al solicitar un préstamo, entre otros.

Esta teoría determina que el origen del secreto bancario no se encuentra en la costumbre sino por el contrario en el contrato que vincula al cliente con el banco y es precisamente de ese vínculo de donde emana la obligación contractual de confidencialidad por parte del banco.

¹⁴ Cabanellas de Torres, *Pág. 269*



La doctrina postula que dentro de la obligación principal, que se señala en cada contrato, se incluya una obligación accesoria de mantener en secreto los antecedentes otorgados por los clientes.

Esta postura ha sido impulsada en países como Inglaterra y Alemania, debido a que en este último su legislación no se pronuncia sobre el secreto bancario y tomo fuerza especialmente en Inglaterra, a partir del fallo dictado en el caso Tournier versus National Provincial Bank of England, por la Corte de Apelaciones en 1924, en el cual se estableció que el deber de guardar secreto bancario deriva del contrato.

Contrato es: el “pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. En una definición jurídica, se dice que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.

Los contratos han de ser celebrados entre personas capaces y no han de referirse a cuestiones prohibidas o contrarias a la moral o a las buenas costumbres. Los contratos lícitos obligan a las partes contratantes en iguales términos que la ley.”¹⁵

A esta teoría se le critica por el hecho que, la responsabilidad contractual es poca garantía para el cliente, aunado a que esta hipótesis se encuentra subordinada al campo del derecho privado, lo cual fomenta su debilidad, al no encontrar argumentos de derecho público que permitan dar una mayor defensa a la tesis.

¹⁵ Ibid, Pág. 232.



Teoría del secreto profesional

Esta tesis es una de las que cuenta con más patrocinadores. Parte del criterio que el banquero ejerce una profesión que es la de ser banquero, actividad especial y especializada que requiere preparación y experiencia. Toma como punto de partida las llamadas relaciones de confianza en el vínculo banco-cliente. Bajo esta postura no se habla del secreto bancario sino del secreto profesional del banquero.

Las críticas a esta teoría se enfocan al problema de determinar si el secreto profesional incluye al secreto bancario, considerando al banquero un profesional, pues habría que calificar previamente si la actividad ejercida por el banquero es o no una profesión; en otro panorama, si el tipo penal va dirigido al banquero como persona individual o al banco como persona abstracta; si la información la revela la secretaria o el banquero, etc.

Teoría del derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad es personalísimo. Lo íntimo de cada persona es todo aquello que los demás no pueden invadir. La intimidad, conforme al Diccionario de la Real Academia Española, es la “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”

Jurídicamente quiere decir que los demás no tienen derecho a conocer ni violar mi intimidad; y si alguna persona toma conocimiento de una intimidad, surge entonces para ella el deber de secreto.



Sin esa protección del secreto, las personas habrían de ser tan cautelosas, excesiva y rigurosamente celosas de su personalidad, que la vida en sociedad resultaría imposible.

En lo referente al secreto bancario, es la intimidad o privacidad del cliente lo que cuenta. Es él, en cuanto titular del derecho, quien tiene el poder de exigir la máxima discreción en torno a los datos y hechos que ha confiado al banquero.

Teoría de la responsabilidad extracontractual

El secreto bancario sería el fruto de la responsabilidad extracontractual del banquero. Tampoco esta teoría cuenta con muchos defensores; en efecto, se ha destacado que el argumento no atiende al fundamento último del secreto bancario, sino a las consecuencias de su violación, cifrándolas en la responsabilidad extracontractual.

En Suiza la naturaleza jurídica del secreto bancario, está determinada por el secreto profesional que debe guardar el banquero en función de la protección de los derechos a la personalidad, los cuales tienen su fuente en el Código Civil, en su parte concerniente al derecho de las obligaciones así como en la ley de protección de datos (D.S.G. del 1 de julio de 1993).

De igual manera la protección del secreto bancario suizo encuentra sustento en normas de derecho penal, civil, de derecho de ejecución de deudas, de derecho de quiebras, de derecho administrativo, así como de la asistencia judicial en causas penales.



1.6 Finalidades del secreto bancario

- a) La protección de los datos entregados por el usuario del sistema financiero en virtud de la confianza depositada a este, como fundamento del secreto bancario.

Sobre el particular, es importante mencionar que el Artículo 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: "Inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros. La correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables.

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

Los libros, documentos y archivos que se relacionan con el pago de impuestos, tasas, arbitrios y contribuciones, podrán ser revisados por la autoridad competente de conformidad con la ley.

Es punible revelar el monto de los impuestos pagados, utilidades, pérdidas, costos y cualquier otro dato referente a las contabilidades revisadas a personas individuales o jurídicas, con excepción de los balances generales, cuya publicación ordene la ley.

Los documentos o informaciones obtenidas con violación de este Artículo no producen fe ni hacen prueba en juicio."



Importante es complementar con lo que sobre el particular establece el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, con relación a la confidencialidad de operaciones:

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

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

Los miembros de la Junta Monetaria y las autoridades, funcionarios y empleados del Banco de Guatemala y de la Superintendencia de Bancos no podrán revelar la información a que se refiere el presente Artículo, salvo que medie orden de juez competente.

La infracción a lo antes indicado será considerada como falta grave, y motivará la inmediata remoción de los que incurran en ella, entre otros.



En lo que se refiere a la Junta Monetaria, como parte del sistema de banca central, Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 132, regula:

“Moneda. Es potestad exclusiva del Estado, emitir y regular la moneda, así, como formular y realizar las políticas que tiendan a crear y mantener condiciones cambiarias y crediticias favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional.

Las actividades monetarias, bancarias y financieras, estarán organizadas bajo el sistema de banca central, el cual ejerce vigilancia sobre todo lo relativo a la circulación de dinero y a la deuda pública. Dirigirá este sistema, la Junta Monetaria, de la que depende el Banco de Guatemala, entidad autónoma con patrimonio propio, que se regirá por su Ley Orgánica y la Ley Monetaria.

La Junta Monetaria se integra con los siguientes miembros:

- a) El Presidente, quien también lo será del Banco de Guatemala, nombrado por el presidente de la República y por un período establecido en la ley;
- b) Los ministros de Finanzas Públicas, Economía y Agricultura, Ganadería y Alimentación.
- c) Un miembro electo por el Congreso de la República;
- d) Un miembro electo por las asociaciones empresariales de comercio, industria y agricultura;
- e) Un miembro electo por los presidentes de los consejos de administración o juntas directivas de los bancos privados nacionales; y



f) Un miembro electo por el Consejo Superior de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Estos tres últimos miembros durarán en sus funciones un año.

Todos los miembros de la Junta Monetaria, tendrán suplentes, salvo el Presidente, a quien lo sustituye el Vicepresidente y los ministros de Estado, que serán sustituidos por su respectivo viceministro.

El Vicepresidente de la Junta Monetaria y del Banco de Guatemala, quien también será nombrado por el Presidente de la República, podrá concurrir a las sesiones de la Junta Monetaria, juntamente con el Presidente, con voz, pero sin voto, excepto cuando sustituya al Presidente en sus funciones, en cuyo caso, sí tendrá voto.

El Presidente, el Vicepresidente y los designados por el Consejo Superior Universitario y por el Congreso de la República, deberán ser personas de reconocida honorabilidad y de notoria preparación y competencia en materia económica y financiera. Los actos y decisiones de la Junta Monetaria, están sujetos a los recursos administrativos y al de lo contencioso-administrativo y de casación.

Importante es destacar la función que ejerce la Junta Monetaria, la cual está regulada en el Artículo 133 de la misma Constitución, que establece: La Junta Monetaria tendrá a su cargo la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país y velará por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional, asegurando la estabilidad y el fortalecimiento del ahorro nacional.



Con la finalidad de garantizar la estabilidad monetaria, cambiaria y crediticia del país la Junta Monetaria no podrá autorizar que el Banco de Guatemala otorgue financiamiento directo o indirecto, garantía o aval al Estado, a sus entidades descentralizadas o autónomas ni a las entidades privadas no bancarias.

Con ese mismo fin, el Banco de Guatemala no podrá adquirir los valores que emitan o negocien en el mercado primario dichas entidades. Se exceptúa de estas prohibiciones el financiamiento que pueda concederse en casos de catástrofes o desastres públicos, siempre y cuando el mismo sea aprobado por las dos terceras partes del número total de diputados que integra el Congreso, a solicitud del Presidente de la República.

La Superintendencia de Bancos, organizada conforme a la ley, es el órgano que ejercerá la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga.

- b) En algunos países el secreto bancario es parte importante de su política monetaria, en la medida que es diseñado y utilizado como medio para aumentar la captación de recursos financieros, fortaleciendo así la economía de cada país.

Un claro ejemplo de lo anterior es Suiza y más recientemente Panamá, quienes por medio de la implementación de las cuentas cifradas o numeradas, lograron fortalecer sus economías y consolidarse como nuevos centros financieros internacionales.



Respecto a las cuentas cifradas, cabe comentar que si bien el titular de la cuenta bancaria está oculta por una serie de dígitos, existe un registro de cada titular de la cuenta, el cual es depositado en cajillas de seguridad, de las cuales tienen acceso un número limitado de empleados del banco, para garantizar de este modo el sigilo de las informaciones del cliente.

- c) Fuente de estabilidad de los sistemas financieros o bancarios, determinada por el grado de confianza generada al público sobre la protección de los datos confiados al banquero.

Este fin del secreto bancario, es parte de los objetivos y funciones de la banca central, es decir del Banco de Guatemala, institución regulada en la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, Decreto 16-2002 del Congreso de la República, la cual en el Artículo 3, establece:

El Banco de Guatemala tiene como objetivo fundamental, contribuir a la creación y mantenimiento de las condiciones más favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional, para lo cual, propiciará las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias que promuevan la estabilidad en el nivel general de precios, objetivos que se ven realizados mediante el cumplimiento del Artículo 4 de la misma Ley, que regula:

El Banco de Guatemala tiene, entre otras que determine la presente Ley, las funciones siguientes:

- a) Ser el único emisor de la moneda nacional;



- b) Procurar que se mantenga un nivel adecuado de liquidez del sistema bancario, mediante la utilización de los instrumentos previstos en la presente Ley;
- c) Procurar el buen funcionamiento del sistema de pagos;
- d) Recibir en depósito los encajes bancarios y los depósitos legales a que se refiere esta Ley;
- e) Administrar las reservas monetarias internacionales, de acuerdo con los lineamientos que dicte la Junta Monetaria; y,
- f) Las demás funciones compatibles con su naturaleza de Banco Central que le sean asignadas por mandato legal.

Las funciones a que se refiere el presente artículo se ejercerán sin menoscabo de alcanzar el objetivo fundamental establecido en el Artículo 3 de esta Ley.

Cabe comentar que, una vez analizada la figura del secreto bancario, partiendo de la definición, los antecedentes históricos, la naturaleza jurídica y sus finalidades, se está en condiciones de determinar la importancia de dicha figura, en el normal desenvolvimiento de las relaciones económicas y financieras del país, toda vez que el dinero, en sus diferentes modalidades, como medio de pago, es la materia prima principal del sistema de pagos, guiado en alto porcentaje, por los bancos del sistema financiero del país.





CAPÍTULO II

2. Bancos

2.1. Definición

Entidad económica financiera cuya actividad se traduce en la organización y regulación de las operaciones de crédito y política crediticia que debe cumplir la banca y que proviene, se origina o relacionan con el dinero y títulos que lo representan, lo cual se conceptúa como mercadería.

Son entidades que juegan un papel de vital importancia en la vida económica de las instituciones, que se dedican a crear y distribuir crédito, es decir, a comerciar con capitales; esas instituciones reciben el nombre de bancos, cuya actividad primordial consiste en la intermediación profesional en el comercio del dinero y del crédito. Banco es una empresa mercantil que tiene por objeto la mediación en las operaciones sobre dinero y sobre títulos.¹⁶

Banco es una entidad que se dedica profesionalmente, en calidad de empresario, al ejercicio de operaciones de crédito, y como tal, tiene una específica organización.

Lo que hace el banco y lo caracteriza es recibir crédito (depósitos), a través de las operaciones pasivas, para después servirse del dinero recibido (ahorro) a fines de redistribución, dando crédito, a través de las operaciones activas, así como hacer y recibir pagos por cuenta de terceros, mediante las llamadas operaciones neutras.¹⁷

¹⁶ Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Pág. 72

¹⁷ Vásquez Martínez, Edmundo, *Instituciones de derecho mercantil*, Pág. 37



Lo que hace el banco y lo caracteriza es la recolección de dinero de aquellos que tienen manera de invertirlo directamente, mediante las llamadas operaciones pasivas (depósitos), para después servirse del dinero recibido (los denominados ahorros), a fines de redistribución, dando crédito a quienes necesitan del dinero, a través de las operaciones denominadas activas (créditos).

Es el establecimiento de crédito constituido en sociedad anónima y cuyas operaciones pueden encaminarse a diversos fines: recepción de depósitos de dinero u otros bienes muebles de los particulares; descuento de documentos; fomento agrícola e industrial; préstamos hipotecarios, etc. “Banco es una empresa dedicada a recibir capitales ociosos, dándoles una inversión útil, al mismo tiempo que facilita las operaciones de pago y negocia con valores.

Según la propiedad de tales instituciones, pueden ser bancos privados, bancos de carácter oficial, que pertenecen al Estado o bien bancos mixtos, cuando pertenecen al Estado y a los particulares.

Según sea su ejercicio mercantil podrá llamarse agrícola, de exportación, de fomento, hipotecario, industrial, etcétera.”¹⁸

Banco es aquella entidad que se dedica profesionalmente, o sea en calidad de empresario, al ejercicio de operaciones de crédito y como tal tiene una organización específica.

¹⁸ Ossorio, Pág. 119.



La ley y la realidad económica definen a los bancos como “las instituciones que intermedian lucrativamente en los créditos, generan medios de pago mediante el uso de la técnica jurídico-financiera y pagan cheques librados por sus clientes y que cobran por ellos los que éstos depositan”.¹⁹

El Código de Comercio de Guatemala establece que, son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a la industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios; la intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios; la banca, seguros y fianzas; y, las auxiliares de las anteriores. Funcionan bajo el sistema de banca central, las actividades de monetarias, bancarias y financieras, regido por el Banco Central.

El mismo Código en el Artículo 1 regula que: “los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se regirán por las disposiciones de dicho código y, en su defecto, por las del derecho civil que se aplicarán e interpretarán de conformidad con los principios que inspira el derecho mercantil.

Los bancos, aseguradoras, reaseguradoras, afianzadoras, reafianzadoras, financieras, almacenes generales de depósito, bolsa de valores, entidades mutualistas y demás análogas, se regirán en cuanto a su forma, organización y funcionamiento, por lo que dispone este Código en lo que no contravenga sus leyes y disposiciones especiales.

¹⁹ Vásquez Martínez, Edmundo, *Instituciones de derecho mercantil*, Pág. 41.



La autorización para constituirse y operar como banco se registrá por las leyes especiales aplicables a cada caso, es decir, conforme la Ley de Bancos y Grupos Financieros.

Conforme a la Ley de Bancos y Grupos Financieros, banco comprende a los bancos constituidos en el país y a las sucursales de bancos extranjeros establecidas en el mismo, quienes se registrarán, en su orden, por sus leyes específicas, por la Ley de Bancos y Grupos Financieros, por las disposiciones emitidas por la Junta Monetaria y, en lo aplicable, por la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, la Ley Monetaria y la Ley de Supervisión Financiera.

Del análisis del artículo 96 de la misma ley de bancos, se infiere que banco es la institución que, previamente autorizada como lo establece la misma ley, 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.

Dicha captación se realiza 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.



El Artículo 12 de la referida ley regula que únicamente los bancos autorizados conforme a dicha ley podrán usar en su razón social o denominación, en su nombre comercial o en la descripción de sus negocios, las palabras: banco, banquero, operaciones bancarias u otras derivadas.

La misma ley establece que toda persona individual o jurídica que utilice en su razón social o denominación, nombre comercial o descripción de sus negocios, según sea el caso, las palabras banco, banquero, financiera, financiadora, operaciones bancarias, grupo financiero u otras derivadas de dichos términos, sin estar autorizada conforme a dicha ley, será sancionada por la Superintendencia de Bancos.

Regula la Ley de Bancos que, comete delito de intermediación financiera toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera, que sin estar autorizada expresamente de conformidad con las específicas para realizar operaciones de tal naturaleza, efectúa habitualmente en forma pública o privada, directa o indirectamente, por sí misma o en combinación con otras personas, en beneficio propio o de terceros, actividades que consistan en la captación de dinero del público o de cualquier instrumento representativo de dinero.

Captación que se hace efectiva 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.



En el caso de personas jurídicas, son responsables de este delito los administradores, gerentes, directores y representantes legales, quienes serán sancionados con prisión de cinco a diez años incommutables, la cual excluye la aplicación de cualesquiera de las medidas sustitutivas contempladas en el Código Procesal Penal, y con una multa, la cual también será impuesta por el tribunal competente del orden penal.

Simultáneamente a la imposición de la multa indicada, dicho tribunal ordenará la cancelación de la patente de comercio de las personas individuales, así como la liquidación de las personas jurídicas a que se refiere 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.

Asimismo, conforme el Artículo 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la Junta Monetaria tendrá a su cargo la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país y velará por la liquidez y solvencia del Sistema Bancario Nacional, asegurando la estabilidad y el fortalecimiento del ahorro nacional.

Con la finalidad de garantizar la estabilidad monetaria, cambiaria y crediticia del país, la Junta Monetaria no podrá autorizar que el Banco de Guatemala otorgue financiamiento directo o indirecto, garantía o aval al Estado, a sus entidades descentralizadas o autónomas ni a las entidades privadas no bancarias. Cabe comentar que con esta medida se persigue la no intervención del Estado, en el negocio bancario.



La Superintendencia de Bancos, organizada conforme a la ley, es el órgano que ejerce la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga. Para el cumplimiento de sus fines, el Congreso de la República emitió la Ley de Supervisión Financiera, Decreto 18-2002, mediante la cual se regulan las funciones y atribuciones de la Superintendencia de Bancos.

2.2 Antecedentes históricos

Hasta el Siglo XVII, los denominados banqueros eran simplemente comerciantes en dinero.

La prodigiosa multiplicidad de las monedas, fruto de la facultad de los señores feudales de acuñar sus propias divisas, así como las frecuentes falsificaciones (hechas a veces por el mismo soberano), hacían muy importante la intervención de estos cambistas que, mediante un depósito, aseguraban el suministro de moneda sana.

Los comerciantes con intereses internacionales encontraban asimismo conveniente el depósito de sus dineros en instituciones serias, ya que ello no sólo les reportaba seguridad, sino que les permitía valorizar sus créditos bancarios en hasta un diez por ciento frente a la moneda corriente sin garantía.

Según algunos autores, fueron los judíos lombardos los que iniciaron la actividad bancaria en la península itálica (año 808).



La opinión más generalizada atribuye este privilegio al Banco de Venecia (años 1157-1557), consecuencia de un préstamo forzoso impuesto por el gobierno veneciano, que requirió la organización de un servicio de pagos. No fue este, sin embargo, un establecimiento que pudiera merecer la denominación de banco dentro del concepto moderno de la palabra, como otras instituciones que desde Florencia, cubrieron la Europa del Siglo XIV, con una red de instituciones de crédito; todas simples intermediarias en los pagos fiscales o particulares.

A comienzos del siglo XVIII, el depósito bancario se convierte en depósito irregular, la emisión de billetes comienza a considerarse función indispensable de la actividad bancaria y nace el crédito bancario, lo que dio lugar a un impulso extraordinario a la banca europea, dada la existencia de importantes instituciones bancarias en todas las grandes capitales.

El Banco de Inglaterra, la Caja de Descuentos Franceses, el Real Banco de Berlín, el Banco de Ámsterdam, el Banco Corriente de Dinamarca y los Bancos Imperiales de San Petersburgo y Moscú, eran todos ejemplos de grandes instituciones de crédito, que mantenían relación con el Estado, disfrutando generalmente de una especie de monopolio.

Alrededor de esos bancos grandes, se organizaban generalmente en las ciudades del interior, bancos de menor cuantía que, mal vistos (sin reservas para sus emisiones), dependían prácticamente del banco principal, que se convierte en banco de banqueros.



Este sistema se desarrolla vigorosamente hasta mediados del Siglo XVIII, cuando bancos locales entran definitivamente en crisis, desapareciendo por los bancos mayores, más de 200 instituciones entre los años 1877 y 1907.

El movimiento de integración llega a sus extremos en los años posteriores a la primera guerra mundial, cuando la actividad bancaria se concentra en un pequeño número de instituciones. Los grandes del Reino Unido; sus similares en Francia; y Alemania.

En los Estados Unidos de Norte América, el proceso fue distinto. Surge en 1864, una Ley por medio de la cual se organiza el Federal Reserve System, en base a una red de bancos garantizados locales, con facultad de emisión, sujeta a un depósito de títulos públicos en el Federal Reserve Bank, que actúa como órgano fiscalizador del sistema.

El sistema financiero guatemalteco gira en torno al sistema de banca central, tal como lo regulan los Artículos 132 y 133 de la Constitución Política de la República, en los cuales se establece que es potestad exclusiva del Estado, emitir y regular la moneda, así, como formular y realizar las políticas que tiendan a crear y mantener condiciones cambiarias y crediticias favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional.

Asimismo, regulan dichas disposiciones que las actividades monetarias, bancarias y financieras, estarán organizadas bajo el sistema de banca central, el cual ejerce vigilancia sobre todo lo relativo a la circulación de dinero y a la deuda pública. Dirigirá dicho sistema la Junta Monetaria.



La Junta Monetaria, tendrá a su cargo la determinación de la política monetaria cambiaria y crediticia del país y velará por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional, asegurando la estabilidad y el fortalecimiento del ahorro nacional, de la que depende el Banco de Guatemala, entidad autónoma con patrimonio propio, que se regirá por su Ley Orgánica y la Ley.

Compete a la Superintendencia de Bancos, la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de crédito, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y las demás que la ley disponga, para lo cual, cuenta con su propia Ley de Supervisión Financiera.

En lo que se refiere a los bancos propiamente dichos, la Ley de Bancos y Grupos Financieros, regula que únicamente los bancos autorizados conforme a dicha Ley, podrán realizar intermediación financiera bancaria, que consiste en la realización habitual, en forma pública o privada, de actividades de captación de dinero del público, tales como la recepción de depósitos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, destinando dicha captación al financiamiento de cualquier naturaleza y sin importar la forma jurídica que adopten dichas operaciones.

2.3. Naturaleza jurídica

En la actividad bancaria, la prestación de servicios bancarios conlleva la previa autorización de la Junta Monetaria, tal como lo establece la Ley de Bancos y Grupos Financieros.



En la prestación de los servicios bancarios, existe la obligación de mantener el secreto bancario, es decir la no revelación de la identidad de los depositantes y la información de los particulares, por lo que los servicios que prestan los bancos son un servicio público regulado por un derecho de carácter público.

La actividad bancaria está regida por un sistema de banca central (Artículos 132 y 133 de la Constitución Política de la República); la constitución, organización y funcionamiento de los bancos se rige por su propia Ley de Bancos y Grupos Financieros; y, la actividad bancaria está sujeta a un órgano específico de supervisión que la vigila e inspecciona por medio de la Ley de Supervisión Financiera, Decreto 18-2002 del Congreso de la República.

Lo antes anotado nos lleva a concluir que, las normas que rigen la constitución, organización, funcionamiento, operación y liquidación de las entidades bancarias, tienen un carácter de derecho público. La función bancaria ha sido considerada a través de la historia como una actividad de interés público.

2.4. Operaciones bancarias en Guatemala

Los bancos practican diversas operaciones de crédito, pero todas ellas se condensan en recoger dinero, realizando operaciones pasivas y proporcionando dinero, mediante diversas operaciones activas. Tanto para recoger dinero como para entregarlo, realizan contratos en serie, actos en masa.



La operación bancaria en una operación de crédito, realizada por una empresa bancaria.²⁰

Para realizar la función de intermediación en el comercio del dinero, los bancos celebran gran variedad de negocios u operaciones, cuya clasificación es variada en la doctrina, pero generalmente se les conoce como operaciones activas, operaciones pasivas y operaciones de confianza.

Dada la función de intermediación del crédito, típico de las instituciones bancarias, se desprende de dicha función las operaciones pasivas, que reflejan la corriente de capitales que fluyen a los bancos, y las activas, que significan las salidas de tales capitales hacia las empresas mercantiles, industriales o personales individuales que los necesitan.

Adicionalmente, están las operaciones de mediación o neutrales, denominadas bancarias únicamente porque son realizadas por los bancos.

Las operaciones pasivas representan aquellas actividades mediante las cuales los bancos reciben créditos y obtienen capitales de diversas fuentes para disponer de ellos, representan la base de la economía de los bancos; en las operaciones activas, es el banco el que concede crédito. Las operaciones neutrales consisten generalmente en la atención de negocios ajenos, mediante contratos de prestación de servicios.²¹

²⁰ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, **Derecho Bancario**, Pág. 18.

²¹ *Ibid.* Pág. 32.

La Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto número 19-2002 del Congreso de la República, en el Artículo 41, regula las operaciones y servicios que los bancos están autorizados a realizar y prestar, y los clasifica de la siguiente manera:

Operaciones pasivas

Son aquellas operaciones por medio de las cuales los bancos se allegan de capitales,²² es decir, los clientes conceden crédito a los bancos, depositan su confianza en los bancos, mediante estas operaciones:

1. Recibir depósitos monetarios;
2. Recibir depósitos a plazo;
3. Recibir depósitos de ahorro;
4. Crear y negociar bonos y/o pagarés;
5. Obtener financiamiento del Banco de Guatemala;
6. Obtener créditos de bancos nacionales y extranjeros;
7. Crear y negociar obligaciones convertibles;
8. Crear y negociar obligaciones subordinadas; y,
9. Realizar operaciones de reporto como reportado.

Operaciones activas

El banco concede crédito a sus clientes²³, es decir, confía en el repago de sus clientes, mediante las siguientes operaciones:

1. Otorgar créditos;
2. Realizar descuento de documentos;

²² Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, Pág. 209.

²³ *Ibid*, Pág. 210.



3. Otorgar financiamiento en operaciones de cartas de crédito;
4. Conceder anticipos para exportación;
5. Emitir y operar tarjeta de crédito;
6. Realizar arrendamiento financiero;
7. Realizar factoraje;
8. Invertir en títulos valores emitidos y/o garantizados por el Estado, por los bancos autorizados de conformidad con esta Ley o por entidades privadas. En el caso de la inversión en títulos valores emitidos por entidades privadas, se requerirá aprobación previa de la Junta Monetaria;
9. Adquirir y conservar la propiedad de bienes inmuebles o muebles, siempre que sean para su uso, sin perjuicio de lo previsto en el numeral 6 anterior;
10. Constituir depósitos en otros bancos del país y en bancos extranjeros; y,
11. Realizar operaciones de reporto como reportador.

Operaciones de confianza o neutras

Llamadas así porque no implican concesión de crédito por ninguna de las partes en el contrato, tales como:

1. Cobrar y pagar por cuenta ajena;
2. Recibir depósitos con opción de inversiones financieras;
3. Comprar y vender títulos valores por cuenta ajena; y,
4. Servir de agente financiero, encargándose del servicio de la deuda, pago de intereses, comisiones y amortizaciones.



Pasivos contingentes

Es una obligación posible, surgida a raíz de sucesos pasados y cuya existencia ha de ser confirmada sólo por la ocurrencia o no ocurrencia de uno o más eventos inciertos en el futuro, que no están enteramente bajo el control de la entidad.

Es una obligación presente, surgida a raíz de sucesos pasados, que no se ha reconocido contablemente porque: (i) no es probable que para satisfacerla se vaya a requerir una salida de recursos que incorporen beneficios económicos; o (ii) el importe de la obligación no pueda ser medido con la suficiente fiabilidad (NIC 37).

Entre los pasivos contingentes tenemos:

1. Otorgar garantías;
2. Prestar avales;
3. Otorgar fianzas; y,
4. Emitir o confirmar cartas de crédito.

Servicios

La prestación de servicios varios, no incluidos en los apartados anteriores, incluye:

1. Actuar como fiduciario;
2. Comprar y vender moneda extranjera, tanto en efectivo como en documentos;
3. Apertura de cartas de crédito;
4. Efectuar operaciones de cobranza;
5. Realizar transferencia de fondos; y,
6. Arrendar cajillas de seguridad.



La Junta Monetaria podrá, previa opinión de la Superintendencia de Bancos, autorizar a los bancos a realizar otras operaciones y prestar otros servicios, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

2.5. Campo de aplicación del secreto bancario

Del análisis de la gran gama de operaciones permitidas a los bancos conforme a la normativa antes descrita, no debe perderse de vista lo que dispone el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros:

Los directores, gerentes, representantes legales, funcionarios y empleados de los bancos, no podrán proporcionar información, que tienda a revelar: a) el carácter confidencial de la identidad de los depositantes de los bancos; y b) Las informaciones proporcionadas por los particulares a estas entidades.

En lo que se refiere al carácter confidencial de los depositantes, cabe comentar que éstos son los sujetos que efectúan depósitos monetarios bajo cualquier modalidad.

En lo que se refiere a las informaciones proporcionadas por los particulares, es un tema muy amplio que incluye usuarios, clientes, cuentahabientes y cualquier persona que proporcione información, la cual puede derivarse de operaciones activas, pasivas, de confianza, contingentes y de servicios.



Sobre el particular, las operaciones pasivas, implican recibir depósitos y crear y negociar bonos y/o pagarés; y demás gama de obligaciones bancarias, lo que conlleva el proporcionar información de tipo financiero, legal y administrativo, en forma oral o escrita, de personas individuales o personas jurídicas, de entidades públicas o privadas, de algún ente nacional o extranjero.

Igualmente, en el caso de las operaciones activas, es decir cuando los bancos otorgan créditos; financiamiento con cartas de crédito o con anticipos para exportación; emite y opera tarjetas de crédito; realiza arrendamiento financiero o factoraje; y demás operaciones de crédito, genera un flujo de información de toda índole.²⁴

La gama de información que fluye, derivado de las operaciones banco-cliente, según sean las operaciones activas, pasivas, de confianza, contingentes o de servicios, es amplia, pero, la reserva es absoluta, a nadie, por ninguna causa, motivo o forma, se deberá revelar el nombre del depositante.

Se exceptúa la información que los bancos deban proporcionar a la Junta Monetaria, al Banco de Guatemala y a la Superintendencia de Bancos, así como la información que se intercambie entre bancos e instituciones financieras. Los miembros de la Junta Monetaria y las autoridades, funcionarios y empleados del Banco de Guatemala y de la Superintendencia de Bancos, no podrán revelar la información a que se refiere el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, salvo que medie orden de juez competente.

²⁴ Garringues, Joaquín, **Contratos Bancarios**, Pág. 161.



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

Una vez analizada la figura de los bancos, la definición, los antecedentes históricos, la naturaleza jurídica y la gama de operaciones permitidas a los mismos, se está en condiciones de determinar la importancia del secreto bancario y el campo de aplicación, toda vez que los bancos juegan un papel de vital importancia en las economías de los países, lo que demanda de ellos, seguridad, sigilo y rentabilidad, pero principalmente, liquidez y solvencia, reflejando estabilidad y fortalecimiento del ahorro nacional.



CAPÍTULO III

3. Regulación y secretividad bancaria

3.1. Definición

La secretividad bancaria es un elemento necesario de la actividad mercantil de los bancos, porque es inherente a su naturaleza y al propio interés de la profesión del banquero, debido a que, para que la intermediación financiera pueda ejercerse correctamente, se requiere tener un conocimiento amplio de muchos aspectos económicos y financieros de la vida comercial y de la composición patrimonial del cliente; y para éste, la seguridad de que puede confiar todos sus asuntos al banquero, sin el temor de que sean divulgados.

La secretividad bancaria deviene del ejercicio de la intermediación financiera, la cual, conforme la 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, 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.

La secretividad bancaria está regulada en el sentido que, salvo las obligaciones y deberes establecidos por la normativa sobre lavado de dinero u otros activos, los funcionarios, empleados, directores, gerentes y representantes legales de los bancos, no podrán proporcionar información que tienda a revelar la confidencialidad de la identidad de los depositantes, a no ser que medie orden de juez competente.



El secreto bancario es un principio fundamental que debe existir en la relación banco cliente, que obliga al banquero a no revelar información de sus clientes o cuentahabientes y a no divulgar las operaciones que han realizado o que están por realizarse.

El deber de discreción se origina desde el momento en que el cliente deposita en un banquero su confianza y le revela sus planes y proyectos, para adquirir o utilizar los productos o servicios bancarios, sin que sea necesario que se perfeccione algún negocio entre ambos.

Tomando en cuenta la naturaleza mercantil de la actividad bancaria, no debe perderse de vista que la buena fe ha de tomarse como el principio de la celebración, ejecución e interpretación de los contratos, por el cual, un contrato no sólo obliga a lo pactado expresamente sino a lo que le pertenece en razón de su naturaleza.

Desde el punto de vista civil, el secreto bancario es una de las obligaciones fundamentales que nacen de las relaciones jurídicas en el marco de las operaciones bancarias o de los contratos bancarios, ya que éstos obligan no sólo a lo que expresamente se pacte, sino a todos aquellos que pertenecen a ellos por razón de la ley, la buena fe o la costumbre. El secreto bancario es una particularidad del secreto profesional, y sobre este particular, el Código Penal de Guatemala, Decreto 17-73 del Congreso de la República regula:



Quien sin justa causa, revelare o empleare en provecho propio o ajeno un secreto del que se ha enterado por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, ocasionando o pudiendo ocasionar un perjuicio, será sancionado con prisión de seis meses a dos años o multa de cien a un mil quetzales.

Corresponde en efecto, un deber jurídico del banquero de carácter profesional, consistente en guardar discreción sobre la información que recibe en el ejercicio de su actividad, para hacer efectivo el derecho fundamental de los ciudadanos a su intimidad, confidencialidad y respeto.

3.2. Naturaleza jurídica

En relación a la naturaleza propia del derecho bancario, los autores oscilan entre decir que su origen es contractual, para otros surgen como resultado del uso y la costumbre, un tercer grupo encuentra el sustento del secreto bancario en una relación extracontractual o cuasi delictual referido a los daños que pudieran producirse, si se revelara la información brindada por el cliente. Otros autores esgrimen que, el secreto bancario se deriva como una manifestación más del secreto profesional.

En Guatemala, el secreto bancario constituye una modalidad específica del secreto profesional, fundamentándolo en la obligación de hallarse en las razones y motivos que justifican su existencia respecto de las profesiones en general. La ley impide formalmente su divulgación, y esta prohibición, que constituye la obligación al secreto profesional, está acompañada de una sanción penal.



3.3. El secreto bancario y su relación con otras leyes

La Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 24 establece que la correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables y que sólo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales.

Dicha norma garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna. Los libros, documentos y archivos que se relacionan con el pago de impuestos, tasas, arbitrios y contribuciones, podrán ser revisados por la autoridad competente de conformidad con la ley.

Agrega la Constitución que, los derechos y garantías que la misma otorga no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana; los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella; están al servicio del Estado y no de partido político alguno; la función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley.

Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren.



La responsabilidad civil, podrá deducirse mientras no se hubiere consumado prescripción, cuyo término será de veinte años.

La responsabilidad criminal se extingue, por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena. Ningún funcionario o empleado público, civil o militar, está obligado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que impliquen la comisión de un delito.

El Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República, regula que todo habitante del país o persona que se halle en él tendrá el deber de concurrir a una citación con el fin de prestar declaración testimonial, lo que implica: exponer la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado sobre el objeto de la investigación; no ocultar hechos, circunstancias o elementos sobre el contenido de la misma.

No están obligados a prestar declaración los parientes cuando sus declaraciones puedan perjudicar a sus familiares, dentro de los grados de ley; los adoptantes y adoptados, los tutores y pupilos recíprocamente; el defensor, el abogado o el mandatario del inculpado, respecto los hechos que en razón de su calidad hayan conocido y deban mantener en reserva por secreto profesional.

Asimismo, quien conozca el hecho por datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencialidad legalmente prescrita; y los funcionarios públicos, civiles o militares, sobre lo que conozcan por razón de oficio, bajo secreto.



Los funcionarios y empleados públicos guardarán a los jueces y tribunales el respeto y consideración que por su alta jerarquía merecen. Las ordenes, resoluciones o mandatos que los mismos dictaren en ejercicio de sus funciones serán acatadas inmediatamente. La infracción de estos preceptos será punible de conformidad con el Código Penal.

Sobre el particular, el Artículo 223 del mismo Código Penal, regula que quien, sin justa causa, revelare o empleare en provecho propio o ajeno un secreto del que se ha enterado por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, y que con ello ocasionare o pudiere ocasionar perjuicio, será sancionado con prisión de seis meses a dos años o multa de cien a un mil quetzales.

Asimismo, el Artículo 245 del Código Procesal Penal regula que los tribunales y el Ministerio Público podrán requerir informes sobre datos que consten en registros llevados conforme a la ley. Los informes se solicitarán indicando el procedimiento en el cual son requeridos, el nombre del imputado, el lugar donde debe ser entregado el informe, el plazo para su presentación y las consecuencias previstas por el incumplimiento del que debe informar.

El Artículo 319 del mismo Código establece que el Ministerio Público puede exigir información de cualquier funcionario o empleado público, emplazándolos conforme a las circunstancias del caso, y practicar por sí o hacer practicar por funcionarios y agentes policiales a cualquier clase de diligencias.



Para solicitar informaciones de personas individuales o jurídicas el Ministerio Público deberá solicitar autorización de juez competente.

El Artículo 183 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, establece que: “El juez, de oficio o a solicitud de parte, puede pedir a cualquier oficina pública o institución bancaria, las informaciones escritas relativas a actos o documentos de dichas oficinas, que sea necesario incorporar al proceso.”

Cuando las partes deban servirse de documentos que se hallen en poder de terceros, deberán solicitar al juez que intime a los mismos a efecto de que entreguen las piezas originales o una reproducción autorizada por notario, a cargo del peticionario.

Agrega dicho Código que en los casos de negativa injustificada, los terceros quedarán sujetos al pago de los daños y perjuicios que puedan irrogar a la parte interesada en aportar la prueba y que cuando se pida la exhibición de documentos, deberá indicarse en términos generales el contenido del documento y probar que éste se encuentra en poder del requerido.

Si el obligado a exhibir el documento no lo presentare en el término fijado para el efecto, o no indicare el lugar en que se encuentra, se tendrá por probado en su contra el contenido que el solicitante de la medida le atribuya en su solicitud. El acreedor tiene derecho a designar los bienes en que haya de practicarse el embargo.



El ejecutor no embargará sino aquellos que, a su juicio, sean suficientes para cubrir la suma por la que se decretó el embargo más un diez por ciento para liquidación de costas.

Asimismo, el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República, regula que:

“Salvo las obligaciones y deberes establecidos por la normativa sobre lavado de dinero u otros activos, los directores, gerentes, representantes legales, funcionarios y empleados de los bancos, no podrán proporcionar información, bajo cualquier modalidad, a ninguna persona, individual o jurídica, pública o privada, que tienda a revelar el carácter confidencial de la identidad de los depositantes de los bancos, instituciones financieras y empresas de un grupo financiero, así como las informaciones proporcionadas por los particulares a estas entidades.

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

Los miembros de la Junta Monetaria, las autoridades, funcionarios y empleados del Banco de Guatemala y de la Superintendencia de Bancos no podrán revelar la información a que se refiere el presente artículo, salvo que medie orden de juez competente.



La infracción a lo antes indicado en el presente artículo será considerada como grave, y motivará la inmediata remoción de los que incurran en ella, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que de tal hecho se deriven.”

La Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto 67-2001 del Congreso de la República, tiene por objeto prevenir, controlar, vigilar y sancionar el lavado de dinero u otros activos procedentes de la comisión de cualquier delito, y establece las normas que para este efecto deberán observar las personas obligadas, es decir las entidades sujetas a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos.

También están obligadas las personas individuales o jurídicas que se dediquen al corretaje o a la intermediación en la negociación de valores; las entidades emisoras y operadoras de tarjetas de crédito; las entidades fuera de plaza denominadas off-shore que operan en Guatemala, que se definen como entidades dedicadas a la intermediación financiera.

Asimismo, están obligadas las personas individuales o jurídicas que realicen operaciones sistemáticas o sustanciales de canje de cheques; de emisión, venta o compra de cheques de viajero o giros postales; transferencias sistemáticas o sustanciales de fondos y/o movilización de capitales; factoraje; arrendamiento financiero; y compraventa de divisas. Las personas obligadas deberán proporcionar a la Intendencia de Verificación Especial, la información que ésta les solicite y que no podrá oponerse violación de confidencialidad de ninguna naturaleza.



La misma norma exime de responsabilidad penal, civil o administrativa, y de cualquier tipo a las personas obligadas, sus propietarios, directores, gerentes, administradores, funcionarios, representantes legales y empleados debidamente autorizados que hubieren proporcionado la información en cumplimiento de dicha ley.

Desde el punto de vista fiscal, los Artículos 168, 170 y 185 del Código Tributario, Decreto 6-91 del Congreso de la República, establecen que en todo lo no previsto en dicho Código, para resolver el recurso contencioso administrativo, se aplicarán las normas contenidas en la Ley de lo Contencioso Administrativo y supletoriamente el Código Procesal Civil y Mercantil y la Ley del Organismo Judicial.

También podrá solicitar las providencias de urgencia que, según las circunstancias, sean más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo, en congruencia con lo que establece el Artículo 530 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Conforme a la Ley Orgánica de la Contraloría General de Cuentas, compete a dicha entidad la función fiscalizadora de los activos y pasivos, derechos, ingresos, egresos de los Organismos del Estado, entidades autónomas y descentralizadas, las municipalidades y sus empresas, y demás instituciones que conforman el sector público no financiero; que reciba fondos del Estado o haga colectas públicas; de empresas no financieras en cuyo capital participe el Estado, bajo cualquier denominación así como las empresas en que éstas tengan participación.



También están sujetos a su fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier persona nacional o extranjera que, por delegación del Estado, reciba, invierta o administre fondos públicos, en lo que se refiere al manejo de estos.

Por medio de la Superintendencia de Bancos, el Banco de Guatemala, los demás bancos del sistema y demás entidades financieras, públicas y privadas, están obligados a proporcionar informes a la Contraloría General de Cuentas, confirmaciones por escrito o por cualquier otro medio, sobre los depósitos, las inversiones o los estados de cuenta de los organismos, instituciones y entidades sujetas a fiscalización de dicha institución.

Por otra parte, la Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto 57-2008 del Congreso de la República, establece que para los efectos de dicha ley, se considera información confidencial la expresamente definida en el Artículo 24 de la Constitución; la expresamente definida como confidencial en la Ley de Bancos y Grupos Financieros; la información calificada como secreto profesional; y la que por disposición expresa de una ley sea considerada como confidencial.

Del análisis de la variada regulación que gira en torno al secreto bancario, cabe comentar que desde los puntos de vista constitucional, civil, penal y administrativo, dicha figura tiene amplio reconocimiento, aplicabilidad y funcionalidad, y en alto porcentaje se observa que el secreto bancario se hace valer en las distintas manifestaciones de la actividad económica, financiera y bancaria del país.





CAPÍTULO IV

4. La supresión del secreto bancario como una violación al derecho Constitucional inherente a las personas

4.1 Derecho Constitucional

A través de la historia, al hablar de constitución, se le relacionaba con la ciencia política, con el objeto de estudiar las relaciones de autoridad y obediencia y los efectos de estas sobre el comportamiento de los hombres, para llegar a la explicación coherente e inteligente de las estructuras y dinamismo de las sociedades y la interrelación entre gobernantes y gobernados.

Desde la época de Nicolás Maquiavelo, esta ciencia se centra alrededor de los fenómenos del poder, ¿cómo se obtiene?, ¿cómo se mantiene?, ¿cómo se amplía? y ¿cómo se pierde?, factores que se aparecen siempre al lado del estudio de las normas constitucionales para explicar su origen y su alcance.

El derecho constitucional, es la rama del derecho público que estudia el conjunto de normas fundamentales del estado, principios e instituciones que regulan la estructura, forma de gobierno, los poderes del Estado y los derechos fundamentales de las personas. Rama del derecho público, estudia la estructura del Estado dentro del marco de la Constitución, la situación del individuo frente al Poder del Estado, la organización y funcionamiento de ese poder en sus aspectos fundamentales y las instituciones políticas que constituyen el soporte de la vida estatal.



Es la rama del derecho público interno que estudia las normas e instituciones relativas a la organización y ejercicio del poder del Estado y a los derechos y libertades básicas del individuo y de sus grupos, en una estructura social.²⁵

La función del derecho constitucional es asegurar el fin político mediante la aplicación de normas jurídicas, para garantizar la existencia y bienestar de la comunidad humana, al reconocerse los derechos fundamentales del ser humano a través del constitucionalismo, entre cuyos principios está el de erigir como sagrados los derechos individuales y las libertades públicas, que aparecen en la parte dogmática de la constitución.²⁶

4.2. Jerarquía de las normas constitucionales

La Ley del Organismo Judicial, en el Artículo 9, regula que los Tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno. Las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos. Carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior.

La Ley de Bancos y Grupos Financieros, regula el marco jurídico aplicable a los bancos, las sociedades financieras, los grupos financieros y a las oficinas de representación de bancos extranjeros.

²⁵ Prado, Gerardo, **Derecho Constitucional**, Pág. 22

²⁶ *Ibid*, pág. 24



Dicho marco jurídico en su orden incluye, las leyes específicas, la Ley de Bancos y las disposiciones emitidas por la Junta Monetaria y, en lo aplicable, por la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, la Ley Monetaria y la Ley de Supervisión Financiera. En las materias no previstas en estas leyes, se sujetarán a la legislación general de la República en lo que les fuere aplicable.

Conforme a la Ley de Supervisión Financiera, la Superintendencia de Bancos es un órgano de Banca Central, organizado conforme a esta ley; eminentemente técnico, que actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria y ejerce la vigilancia e inspección del Banco de Guatemala, bancos, sociedades financieras, instituciones de crédito, entidades afianzadoras, de seguros, almacenes generales de depósito, casas de cambio, grupos financieros y empresas controladoras de grupos financieros.

Cabe comentar que conforme el Artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial, los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas, son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.



La misma Constitución en el Artículo 175, Jerarquía Constitucional, regula que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.

Las leyes calificadas como constitucionales requieren, para su reforma, el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad.

Asimismo, el Artículo 204 de la Constitución, establece que los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.

4.3 Partes que conforman la constitución

La Constitución Política de la República de Guatemala, jurídicamente se divide en tres partes, una Dogmática, una Orgánica y una Procesal, Pragmática o Práctica, las cuales se comentan a continuación:

Parte dogmática de la Constitución

La parte dogmática o material, es aquella en donde se establecen los principios, creencias y fundamentalmente los derechos humanos, tanto individuales como sociales, que se le otorgan al pueblo como sector gobernado frente al poder público como sector gobernante, para que este último respete estos derechos. Esta parte dogmática la encontramos contenida en el título I y II de nuestra Constitución desde el preámbulo y de los artículos del 1º al 139.



Parte Orgánica de la Constitución

La parte orgánica o formal de la Constitución, es la que establece como se organiza Guatemala, la forma de organización del poder, es decir las estructuras jurídico-políticas del Estado y las limitaciones del poder público frente a la persona, o sea a la población. Esta parte orgánica la encontramos contenida en los títulos III, IV y V de nuestra Constitución, de los artículos 140 al 262, en la cual se establece la Organización del Estado y de los Organismo del Estado así:

El Organismo Legislativo, comprende del Artículo 157 al Artículo 181 de la Constitución Política de la República de Guatemala; El Organismo Ejecutivo, del Artículo 182 al Artículo 202; y El Organismo Judicial, que comprende del Artículo 203 al Artículo 222, más las entidades autónomas y descentralizadas del Estado.

Otros órganos administrativos de interés, lo constituye el Tribunal Supremo Electoral; Consejo Nacional de Desarrollo Urbano y Rural; Consejo Regional de Desarrollo Urbano y Rural; Gobernación Departamental; Consejo Departamental; Registro General de la Propiedad; Contraloría General de Cuentas; Ejército; Ministerio Público; Procuraduría General de la Nación; Municipalidad; Corte de Constitucionalidad; Procuraduría y Comisión de Derechos Humanos..

Parte Procesal, Pragmática o Práctica de la Constitución

Es la que establece las garantías y los mecanismos para hacer valer los derechos establecidos en la Constitución y para defender el orden constitucional.



Esta parte práctica la encontramos contenida en el título VI y VII de nuestra Constitución, de los artículos 263 al 281, en la cual se establecen los principios, las garantías y las reformas constitucionales.

4.4. Clases de Constitución

Las constituciones doctrinariamente se clasifican de diversas formas:

Según sea su formación, desarrollo o presentación, las constituciones pueden ser consuetudinarias y escritas; por su naturaleza y contenido, materiales y formales; por el procedimiento de su reforma, rígidas y flexibles; por su extensión, desarrolladas y no desarrolladas; por su origen, originarias y derivadas; por su efectividad, normativas, nominales y semánticas; y por su contenido ideológico, en programáticas y utilitarias.

Para el caso de Guatemala, observamos que se trata de una Constitución escrita, vigente desde el 14 de enero de 1986, desarrollada, que consta de 281 Artículos y 27 Disposiciones Transitorias y Finales.

Por su contenido, las constituciones pueden ser escritas, constan en un documento redactado por la Asamblea Nacional Constituyente, quien cumpliendo un procedimiento específico, las decreta en representación del poder soberano del pueblo. También pueden ser consuetudinarias o no escritas, producto de conductas reiteradas consagradas por las costumbres y tradiciones, no son consecuencia de fórmula jurídica alguna, sino de la historia. Por su extensión, pueden ser breves, restringidas o sobrias, son textos básicos que determinan la organización de los poderes del Estado.



Este tipo de constituciones han desaparecido, tal es el caso de la constitución de los Estados Unidos de América de 1788, la francesa de 1946 y la chilena de 1933.

También pueden ser extensas, propias del sistema democrático y se caracterizan por su abundancia, es decir conteniendo no únicamente la organización del Estado sino también los derechos individuales y sociales.

Por su procedimiento de reforma, las constituciones pueden ser flexibles, es decir, pueden ser reformadas por el Congreso de la República a través de un procedimiento legislativo. Pueden ser también rígidas, que requieren ser reformadas por una Asamblea Nacional Constituyente. Y pueden ser mixtas, su contenido es parte flexible y parte rígida.

Mediante un breve análisis de la clasificación antes descrita, podemos concluir que la Constitución Política de la República de Guatemala es desarrollada (281 Artículos y 27 Disposiciones Transitorias y Finales); en parte es rígida y en parte es flexible; y, es escrita o formal.

4.5 Cambios a la Constitución

La Constitución es el conjunto de reglas jurídicas que determina los órganos superiores del Estado, su modo de creación, sus relaciones, su competencia y la posición de cada uno de dichos órganos, en relación al poder estatal. La concepción de una Constitución conlleva un llamamiento a la perpetuidad.



Por su naturaleza, el ser humano busca constantemente una mejora ajustada a las innovaciones y progresos de la ciencia, la cultura, la política y la vida en sociedad, lo que necesariamente justifica los cambios a la Constitución, es decir modificaciones que afectan de una u otra forma las reglas en ella consagradas y que se substituyen por otras.

Derivado de lo anterior, la Constitución Política de la República de Guatemala contempla las partes rígidas, flexibles y pétreas de modificación de la misma, las cuales analizamos a continuación:

Parte Rígida de la Constitución Política de la República de Guatemala

Para reformar el Artículo 278 y cualquier otro Artículo de los contenidos en el Capítulo I del Título II (Artículo 1 al 139), es indispensable que el Congreso de la República, con el voto afirmativo de las dos terceras partes de sus miembros, convoque a una Asamblea Nacional Constituyente.

Parte flexible de la Constitución Política de la República de Guatemala

Son constituciones flexibles las que se pueden modificar por el órgano legislativo ordinario en la misma forma que una ley ordinaria. El Artículo 280 constitucional regula que para cualquier otra reforma constitucional, será necesario que el Congreso de la República apruebe la reforma con el voto afirmativo de las 2/3 partes, previo dictamen de la Corte de Constitucionalidad y ratificadas mediante consulta popular.



Artículos pétreos o irreformables de la Constitución

Constituciones absolutamente pétreas son aquellas que no pueden reformarse en ningún aspecto y parcialmente pétrea es aquella que prohíbe la reforma de una o varias de sus cláusulas.

El análisis del Artículo 281 de la Constitución Política de la República, denota la rigidez de la misma, estableciendo que son irreformables los Artículos 140. Estado y Forma de Gobierno; 141. Soberanía; 165 inciso g. Facultad de desconocer al Presidente de la República; 186. Prohibiciones para optar a los cargos de Presidente o Vicepresidente de la República; y 187. Prohibición de reelección. La rigidez de nuestra Constitución la apreciamos en el Capítulo único denominado Reformas a la Constitución y comprende de los artículos 277 al 281 inclusive.

Iniciativa para promover reformas a la Constitución

Conforme el Artículo 277 de la Constitución Política de la República de Guatemala, tienen iniciativa para promover reformas a la Constitución, el Presidente la República en consejo de ministros; diez o más diputados al Congreso de la República; la Corte de Constitucionalidad y el pueblo mediante petición al Congreso, por no menos de 5,000 ciudadanos debidamente empadronados.

Procedimiento para reformar la parte rígida de la Constitución

Se presenta el proyecto de ley ante el Congreso de la República; El Congreso con el voto afirmativo de las 2/3 partes, convoca a una Asamblea Nacional Constituyente.



Congreso y Asamblea funcionan simultáneamente. Las calidades son las mismas. se puede ser diputado del congreso y diputado de la asamblea nacional constituyente al mismo tiempo; el Congreso de la República comunica al Tribunal Supremo Electoral para que fije fecha para las elecciones dentro del plazo máximo de 120 días; y se llevan a cabo las elecciones de los diputados a la Asamblea Nacional Constituyente.

Procedimiento para reformar la parte flexible de la Constitución

Se presenta el proyecto de ley ante el Congreso de la República. (Artículo 280); Se lleva a cabo el procedimiento legislativo. (Artículos 174 al 180); Se aprueba con el voto favorable de las 2/3 partes del congreso, previo a dictamen de la Corte de Constitucionalidad; se ratifica por medio de consulta popular. (Artículo 280) y no es necesario la sanción del presidente porque el pueblo la sanciona directamente.

Entra en vigencia si fuere ratificado en el plazo de 60 días después que el tribunal supremo electoral anuncie el resultado de la consulta.

En lo que se refiere al secreto bancario, el fundamento constitucional que le da vida, está contenido en el Artículo 24 Constitucional, el cual establece: "Inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros. La correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables. Sólo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales. Se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna.



Los libros, documentos y archivos que se relacionan con el pago de impuestos, tasas, arbitrios y contribuciones, podrán ser revisados por la autoridad competente de conformidad con la ley. Los documentos o informaciones obtenidas con violación de este Artículo no producen fe ni hacen prueba en juicio.”

Cabe comentar que para reformar el Artículo 278 y cualquier otro Artículo de los contenidos en el Capítulo I del Título II (Artículo 1 al 139) de la Constitución Política de la República, en cuyo rango se ubica el referido Artículo 24, es indispensable que el Congreso de la República, con el voto afirmativo de las dos terceras partes de sus miembros, convoque a una Asamblea Nacional Constituyente.

Lo antes descrito denota que cualquier disposición que tienda a eliminar o flexibilizar el secreto bancario, sin cumplir con los procesos de Garantías Constitucionales contenidos en los Artículos del 263 al 281 de la Constitución Política de la República, se torna inconstitucional, y en especial del 278, para el caso del secreto bancario.

La supresión del secreto bancario contenido en el Título II, CAPÍTULO I, Artículo 24 de la Constitución, sin cumplir con las garantías constitucionales contenidas en los Artículos 263 al 281, constituye una violación a los derechos humanos, garantizados por la misma Constitución. Cualquier cambio que se quiera hacer para flexibilizar el secreto bancario, debe realizarse tomando en consideración lo que para el efecto establece el Artículo 278 de la Constitución Política de la República de Guatemala.



4.6. Consecuencias jurídicas en la violación del secreto bancario

Las consecuencias son de tipo penal, civil y administrativa, y están destinadas a: los directores, gerentes, representantes legales y funcionarios y empleados de los bancos; y a los miembros de la Junta Monetaria, autoridades, funcionarios y empleados del Banco de Guatemala y de la Superintendencia de Bancos, salvo que medie orden de juez competente.

Penales

“Los medios jurídicos que ha establecido el derecho para salvaguardar la conveniencia del secreto profesional, son una serie de sanciones para aquellas personas que lo violen y específicamente se han establecido delitos en las diversas legislaciones penales, para castigar a quienes no cumplan con la obligación de guardar ese secreto.”

27

Conforme el código penal guatemalteco, comete el delito de infidelidad, quien conociendo un secreto de industria o de comercio económico y del que no pudiere libremente disponer, lo divulgara o lo utilizare para sí mismo o para un tercero y será sancionado con prisión de 6 meses a 2 años y multa de doscientos a dos mil quetzales;

Asimismo, quien sin justa causa revelare o empleare en provecho propio o ajeno un secreto del que se ha enterado por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, sin que con ello ocasionare o pudiera ocasionar perjuicio, será sancionado con prisión de 6 meses a 2 años o multa de cien a un mil quetzales.

²⁷. Villegas Lara, René Arturo, **Derecho mercantil guatemalteco**, Pág. 180.



Por otra parte, conforme al Artículo 3 inciso t) de la Ley de Supervisión Financiera, compete a la Superintendencia de Bancos, entre otros, denunciar, ante autoridad competente, los hechos que puedan tener carácter delictuoso, acerca de los cuales tenga conocimiento por razón de sus actividades, para lo cual queda autorizada para proporcionar información que identifique a depositantes o inversionistas, cuando sea requerida judicialmente.

No obstante lo anterior, debe tomarse en cuenta las excepciones contenidas en el Artículo 212 del Código Procesal Penal y 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, que se refieren a la obligación de declarar.

Dichas excepciones se refieren a la información que los bancos deben proporcionar a la Junta Monetaria, Banco de Guatemala y Superintendencia de Bancos; al intercambio de información entre bancos; y a que los miembros de la Junta Monetaria y las autoridades, funcionarios y empleados del Banco de Guatemala y de la Superintendencia de Bancos, no podrán revelar la información a que se refieren dichos artículos, salvo que medie orden de juez competente.

Por otra parte, el Artículo 9 del Código Procesal Penal, regula que los funcionarios y empleados públicos guardarán a los jueces y tribunales el respeto y consideración que por su alta jerarquía merecen. Las ordenes, resoluciones o mandatos que los mismos dictaren en ejercicio de sus funciones serán acatadas inmediatamente. La infracción de estos preceptos será punible de conformidad con el Código Penal.



Lo anterior se ve fortalecido por los Artículos 154 y 156 de la Constitución, en el sentido que los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella; están al servicio del Estado y no de partido político alguno y que ningún funcionario o empleado público, civil o militar, está obligado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que impliquen la comisión de un delito.

Civiles

Conforme el Artículo 1645 del Código Civil, toda persona que cause un daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o impudencia, está obligada a repararlo, salvo que muestre que el daño o perjuicio fue producido por culpa o negligencia de la víctima.

Así mismo, conforme el Artículo 1646 del mismo Código, el responsable de un delito doloso o culposo, está obligado a reparar a la víctima de los daños o perjuicios que le haya causado.

Por otra parte, el Artículo 183 del Código Procesal Civil y Mercantil, regula que el juez, de oficio o a solicitud de parte, puede pedir a cualquier oficina pública o institución bancaria, las informaciones escritas relativas a actos o documentos de dichas oficinas, que sea necesario incorporar al proceso.

El mismo Código Procesal Civil y Mercantil en los Artículos 99 y 100 establece que:



Cuando se pida la exhibición de documentos, deberá indicarse en términos generales el contenido del documento y probar que éste se encuentra en poder del requerido y que si el obligado a exhibir el documento no lo presentare en el término fijado para el efecto, o no indicare el lugar en que se encuentra.

Las mismas normas regulan que se tendrá por probado en su contra el contenido que el solicitante de la medida le atribuya en su solicitud y que la persona que necesite preparar una acción o rendir una prueba podrá pedir la exhibición de libros de contabilidad y de comercio para hacer constar los extremos conducentes que le interesen.

Asimismo, el Artículo 1663 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que, los patronos y los dueños de talleres, hoteles, establecimientos mercantiles o industriales y, en general, las personas que tienen a otra bajo su dependencia, responden por los daños o perjuicios que causen sus empleados y demás trabajadores en actos del servicio. Por las personas jurídicas, son responsables de los daños o perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, los Artículos 527 y 301 del Código Procesal Civil y Mercantil establecen que podrá decretarse precautoriamente el embargo de bienes que alcancen a cubrir el valor de lo demandado, intereses y costas, para cuyo efecto son aplicables los Artículos referentes a esta materia establecidos para el proceso de ejecución. El acreedor tiene derecho a designar los bienes en que haya de practicarse el embargo.



El ejecutor no embargará sino aquellos que, a su juicio, sean suficientes para cubrir la suma por la que se decretó el embargo más un diez por ciento para liquidación de costas.

Administrativas

La responsabilidad administrativa es la generada frente a los órganos estatales de control o supervisión de la actividad bancaria. Las leyes que establecen un órgano de control y fiscalización facultan a éste a sancionar las violaciones al régimen legal específico, con penas que consisten en multas o que puede aplicar directamente o bien por vía judicial.

Para el efecto, el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros establece que salvo las obligaciones y deberes establecidos por la normativa sobre lavado de dinero u otros activos, los directores, gerentes, representantes legales, funcionarios y empleados de los bancos, no podrán proporcionar información, bajo cualquier modalidad, a ninguna persona, individual o jurídica, pública o privada, que tienda a revelar el carácter confidencial de la identidad de los depositantes de los bancos.

La misma norma regula que se exceptúa de la limitación anterior, la información que los bancos deban proporcionar a la Junta Monetaria, al Banco de Guatemala y a la Superintendencia de Bancos, y la que se intercambie entre bancos e instituciones financieras.



Los miembros de la Junta Monetaria y las autoridades, funcionarios y empleados del Banco de Guatemala y de la Superintendencia de Bancos no podrán revelar la información a que se refiere el presente Artículo, salvo que medie orden de juez competente. La infracción a lo indicado en el presente Artículo será considerada como falta grave, y motivará la inmediata remoción de los que incurran en ella, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que de tal hecho se deriven.

4.7. El secreto bancario y el control del lavado de dinero y otros activos y El financiamiento al terrorismo

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

La Ley de Bancos y Grupos Financieros establece que, salvo las obligaciones y deberes establecidos por la normativa sobre lavado de dinero u otros activos, los directores, gerentes, representantes legales, funcionarios y empleados de los bancos, no podrán proporcionar información, bajo cualquier modalidad, a ninguna persona, individual o jurídica, pública o privada, que tienda a revelar el carácter confidencial de la identidad de los depositantes de los bancos, salvo que medie orden de juez competente.

Conforme la Ley Contra el Lavado de Dinero y Otros Activos, compete a la IVE:



Analizar la información obtenida a fin de confirmar la existencia de transacciones sospechosas, así como operaciones o patrones de lavado de dinero u otros activos;

En caso de indicio de la comisión de un delito, presentar la denuncia correspondiente ante las autoridades competentes, señalar y aportar los medios probatorios que sean de su conocimiento u obren en su poder; y, Proveer al Ministerio Público cualquier asistencia requerida en el análisis de información que posea la misma, y coadyuvar con la investigación de los actos y delitos relacionados con el delito de lavado de dinero u otros activos, entre otras

Además, el Artículo 19 de la referida ley, establece que las personas obligadas deberán adoptar, desarrollar y ejecutar programas, normas, procedimientos y controles internos idóneos para evitar el uso indebido de sus servicios y productos en actividades de lavado de dinero u otros activos.

Además, deberán designar funcionarios gerenciales encargados de vigilar el cumplimiento de programas y procedimientos internos, así como el cumplimiento de las obligaciones que la presente ley impone, incluidos el mantenimiento y envío de registros adecuados y la comunicación de transacciones sospechosas e inusuales.

4.8. Excepciones del secreto bancario

En la actividad bancaria, hay personas y entes que están facultadas legalmente, para obtener información bancaria, a lo que se le denomina excepciones al secreto bancario.



Entre dichas excepciones se mencionan:

Organismos de supervisión

La obligación de secreto bancario no existe frente al organismo de supervisión del sistema financiero, sus funcionarios y empleados, tal como lo establece el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros.

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

Se exceptúa de la limitación anterior, la información que los bancos deban proporcionar a la Junta Monetaria, al Banco de Guatemala y a la Superintendencia de Bancos, quienes tampoco podrán revelar dicha información, salvo que medie orden de juez competente.

Lo anterior se ve fortalecido con la Ley de Supervisión Financiera, y en especial, lo estipulado en el Artículo 3 de la misma, respecto de las funciones de la Superintendencia de Bancos.



Mandatarios y apoderados del cliente

Conforme al Código Civil de Guatemala, mandatario es la persona que, en virtud de un mandato, acepta del mandante representarlo personalmente, o la gestión o desempeño de uno o más negocios; y apoderado es la persona que tiene poderes o facultades especiales de otra para representarla y proceder en su nombre.

Se admite que es necesario incluir en este grupo de personas a los funcionarios y empleados del cliente, cuando en razón de las funciones que cumplen, están o deben estar enterados de los negocios y operaciones bancarias que realiza su patrón.

El mandato puede otorgarse con representación o sin ella. En el mandato con representación, el mandatario obra en nombre del mandante y los negocios que realice dentro de las facultades que se le hayan conferido, obligan directamente al representado. En el mandato sin representación, el mandatario obra en nombre propio, sin que los terceros tengan acción directa contra el mandante. Los bancos tienen la obligación de informar a los mandatarios y apoderados del cliente, de toda la información necesaria requerida por éstos, para el cumplimiento del mandato.

Situación del cónyuge del cliente

El matrimonio se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges, y en su celebración deben cumplirse los requisitos y llenarse las formalidades que exige el Código Civil de Guatemala. La representación conyugal corresponde en igual forma a ambos cónyuges, quienes tendrán autoridad y consideraciones iguales en el hogar.



De común acuerdo fijarán el lugar de su residencia y arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la economía familiar, así como las capitulaciones matrimoniales para establecer y regular el régimen económico del matrimonio.

En el régimen de comunidad absoluta, todos los bienes aportados al matrimonio por los contrayentes o adquiridos durante el mismo, pertenecen al patrimonio conyugal y se dividirán por mitad al disolverse el matrimonio.

Conforme el régimen de separación absoluta, cada cónyuge conserva la propiedad y administración de los bienes que le pertenecen y será dueño exclusivo de los frutos, productos y accesiones de los mismos.

Bajo el régimen de comunidad de gananciales, el marido y la mujer conservan la propiedad de los bienes que tenían al contraer matrimonio y de los que adquieren durante él, pero harán suyos por mitad, al disolverse el patrimonio conyugal, los frutos de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, deducidos los gastos de producción, reparación, conservación y cargas fiscales y municipales de los respectivos bienes.

Lo bienes que se compren o permuten con esos frutos, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges; y los que adquiriera cada cónyuge con su trabajo, empleo, profesión o industria.



Como se anotó anteriormente, son varias situaciones las que deben analizarse, según el régimen matrimonial que hayan adoptado los consortes, es decir, cuando se está frente a una comunidad de gananciales, se ha entendido que no puede haber secreto entre cónyuges, en razón de la misma comunidad de intereses.

Si los cónyuges están bajo un régimen de separación absoluta de bienes, o si han llegado a una división de bienes con posterioridad, la independencia de patrimonios obliga a considerar para cada uno de ellos, la obligación del secreto bancario.

Los sucesores a título universal

Conforme al Código Civil de Guatemala, la sucesión por causa de muerte se realiza por la voluntad de la persona, manifestada en testamento (testamentaria) y, a falta de éste, por disposición de la ley (intestada), comprendiendo en ambos casos, todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

El mismo código, regula que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte y que la sucesión puede ser a título universal (herencia) y a título particular (legado). El título es universal, cuando se sucede al causante en todos sus bienes y obligaciones transmisibles, a excepción de los legados. Es particular cuando se sucede en uno o más bienes determinados.

Derivado de lo anterior, se observa que no puede haber secreto bancario respecto de los sucesores a título universal, por ser continuadores de la personalidad del causante.



Los sucesores a título particular

Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte y la sucesión puede ser a título universal (herencia) y a título particular (legado).

El título es universal, cuando se sucede al causante en todos sus bienes y obligaciones transmisibles, a excepción de los legados. Es particular cuando se sucede en uno o más bienes determinados.

El Código Civil enumera las clases de legados regulados en nuestro país, entre los que figuran el legado en especie, legado de cosa indeterminada, legado de crédito y legado remuneratorio, entre otros.

En tales casos se admite que los acreedores por medio de los síndicos o liquidadores tengan acceso a la información sobre el patrimonio del fallido y, en consecuencia, conocimiento de todas sus operaciones bancarias.

Contienda judicial con el cliente

La doctrina considera también que el banquero está liberado de su obligación cuando tiene un conflicto judicial con su cliente. Se admite que el banco pueda presentar toda la documentación necesaria para defender sus intereses ante quien corresponda.

Por ejemplo, cuando el banco persigue judicialmente el cobro de un crédito contra el cliente, necesariamente tiene derecho a presentar los documentos y contratos suscritos. De igual manera, cuando la entidad persiga algún cobro extrajudicial.



En tales casos, está ejerciendo un derecho, y mientras los actos tendientes a obtener su reconocimiento no excedan los límites legales. Igual situación puede darse cuando el banco sea demandado por su cliente.

Colegas del banquero

En lo que se refiere al intercambio de información entre los bancos e instituciones financieras, es una práctica encaminada principalmente en conocer el estatus de los particulares como sujetos de crédito, para respaldar las solicitudes de crédito y resguardar los recursos financieros del banco, con relación al repago del capital prestado, lo cual está justificado como una política para conocer a su cliente y de control del riesgo de crédito.

En todo caso, la discreción que debe existir entre las entidades debe ser la máxima, a fin de evitar consecuencias por la información que se suministre.

Administración pública

Conforme el Artículo 168 de la Constitución Política de la República, todos los funcionarios y empleados públicos están obligados a acudir e informar al Congreso, cuando éste o sus comisiones lo consideren necesario, pero, si la administración pública o sus organismos no están expresamente facultados por ley para requerir esa información, las entidades bancarias no deben suministrarla. Sin dejar de observar lo que para el efecto establece el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros.



Desde el punto de vista fiscal, no existe ninguna norma que obligue a las instituciones bancarias a proporcionar información de los clientes a ninguna institución del estado.

4.9. Propuesta jurídica para garantizar el secreto bancario y coadyuvar en la administración de justicia:

Con el fin de flexibilizar el secreto bancario, para prevenir delitos como la evasión tributaria y el lavado de dinero, el Organismo Ejecutivo, en abril de 2011, entregó al Organismo Legislativo una iniciativa para suprimir el secreto bancario.

La iniciativa contiene reformas por adición al Código Tributario, Decreto 6-91 del Congreso de la República; a la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002 del Congreso de la República; y la derogación de todas aquellas disposiciones que se opongan a dichas modificaciones. No contempla cambios a la Constitución Política de la República de Guatemala, lo cual se tornaría inconstitucional.

La iniciativa contempla la adición de un artículo al Decreto 6-91 del Congreso de la República, Código Tributario, regularía que el Banco de Guatemala, los bancos, las sociedades financieras, y las entidades off shore o entidades fuera de plaza autorizadas por la Junta Monetaria para operar en Guatemala, están obligados a proporcionar la información que la Superintendencia de Administración Tributaria les requiera respecto de las operaciones de cualquier ente o persona individual o jurídica, siempre que se relacionen con asuntos tributarios.



Para efectos del requerimiento, el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria previamente debería emitir una resolución en la que conste el nombre del contribuyente cuya información se requiere, el Número de Identificación Tributaria y el período fiscalizado, facultando al Superintendente, bajo la estricta garantía de confidencialidad que establece el artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, para que acuda a un Juez de Primera Instancia, quien librará la orden correspondiente.

Un segundo artículo reformaría el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, en el sentido que salvo las obligaciones y deberes establecidos por la normativa sobre lavado de dinero u otros activos, los directores, gerentes, representantes legales, funcionarios y empleados de los bancos, de las sociedades financieras, y entidades off shore autorizadas, no podrán proporcionar información a ninguna persona, individual o jurídica, pública o privada, que tienda a revelar el carácter confidencial de la identidad de los depositantes.

Se exceptuaría de dicha limitación, la información que los bancos, las sociedades financieras, y entidades off shore autorizadas para operar en Guatemala, deban proporcionar a la Junta Monetaria, al Banco de Guatemala, a la Superintendencia de Bancos y a la Superintendencia de Administración Tributaria, en este último caso, cuando dicha información se relacione con asuntos tributarios y sea requerida con orden de Juez de Primera Instancia. Actualmente la disposición vigente no contiene a la Superintendencia de Administración Tributaria.



Un tercer artículo que regularía que, como parte de los requisitos para operar en Guatemala, las entidades off shore deberán declarar que forman parte de un grupo financiero de Guatemala y acreditar, entre otros, que autorizó a las autoridades supervisoras de su país de origen para realizar intercambio de información referente a ella. Este cambio obedece a requerimientos de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

La misma iniciativa contiene un Artículo 4, mediante el cual derogaría todas aquellas leyes y disposiciones que se opongan a lo que dispone dicho proyecto de decreto, además de imponer multas a las entidades que se nieguen a proporcionar la información. En este caso una ley de jerarquía menor estaría derogando disposiciones constitucionales, es decir el Artículo 24 de la Constitución Política de la República.

La iniciativa antes analizada, o proyecto de decreto sería doblemente inconstitucional, primero, porque elimina el secreto bancario mediante una ley ordinaria, sin modificar la Constitución Política, y segundo, porque estaría derogando todas las disposiciones que se opongan al mismo decreto, siendo una de ellas la misma Constitución.

Cabe comentar que, sin violar el secreto bancario, a partir de febrero de 2012, Suiza, país líder en el control de lavado de dinero y en garantizar el secreto bancario en su sistema financiero, verificará el origen de los depósitos, en el sentido que los extranjeros que quieran depositar dinero en Suiza y esconderlo al fisco de sus países, van a tener que atestiguar que han declarado esos fondos en sus lugares de origen.



En la práctica, un ciudadano chino, español o sudanés, etc. que quiera depositar una suma importante de dinero en un establecimiento suizo, tendrá que firmar una declaración en la que atestiguará haber pagado los impuestos correspondientes en su país de origen por el monto correspondiente. Si el banco tiene dudas de la veracidad de esta declaración, deberá pedir más datos, y si sigue sin estar convencido, deberá rechazar el depósito.

Para el caso de Guatemala, para garantizar el secreto bancario, cumpliendo con el control del lavado de dinero e impulsando el adecuado funcionamiento del sistema financiero guatemalteco, que se entrelaza en todos los ámbitos económicos y financieros de la vida en sociedad, desde la formación del ahorro familiar, hasta el financiamiento de la gran industria, es necesario darle un tratamiento cuidadoso a la revelación de la información de los clientes por parte de los bancos del sistema.

La normativa que posibilita a los bancos para revelar la información de sus clientes, regula que salvo orden de juez competente, tales entidades están obligadas a proporcionar dicha información, situación que se estima adecuada y conveniente de mantener, dados los altos índices de criminalidad del país y el riesgo del mal uso que se le pueda dar a dicha información, por parte de terceras personas.

Eso no quiere decir que no se deba proporcionar al juez la información necesaria para cumplir con su función de administración de la justicia, sino que debe regularse en dos vías, cuidar el secreto bancario y coadyuvar en la eficaz actuación del juez.



Sobre el particular, el Artículo 244 del Código Procesal Penal, establece que los documentos, cosas y otros elementos de convicción incorporados al procedimiento podrán ser exhibidos al imputado y demás partes, invitándoles a reconocerlos y a informar sobre ellos lo que fuere pertinente.

El mismo artículo establece que los documentos, cosas o elementos de convicción que, según la ley, deben quedar en secreto, serán examinados privadamente por el tribunal competente o por el juez que controla la investigación, los cuales, si fueren útiles para la averiguación de la verdad, los incorporará al procedimiento, resguardando la reserva sobre ellos, lo cual se ve fortalecido con lo que regulan los artículos 314 y 356 del mismo código.

Desde el punto de vista del derecho procesal civil y mercantil, aplicable también a otras ramas del derecho, no se cuenta con una disposición que proteja el secreto bancario como lo regula el derecho procesal penal, por lo que muy útil sería darle un tratamiento similar al derecho procesal civil y mercantil, con miras a proteger el secreto bancario y coadyuvar con la administración de la justicia.





CONCLUSIONES

1. Al garantizar la Constitución Política de la República la inviolabilidad de la correspondencia, documentos y libros, denota que en el secreto bancario está implícito el interés público, toda vez que el elemento de la confidencialidad (reserva o secreto) es connatural y consustancial a toda actividad bancaria, y ésta no podría realizarse, si el cliente no tiene la certeza de que la información que deposite en el banquero permanecerá con la debida reserva.
2. La información proporcionada por los particulares a los bancos, como consecuencia de las operaciones activas, pasivas, de confianza, contingentes o de servicios que realizan dichas entidades, debe tener en todo caso, reserva absoluta, es decir, a nadie, por ninguna causa, motivo o forma, se deberá revelar la información que surja de las operaciones banco-cliente, salvo orden de juez competente.
3. La secretividad bancaria en el país es una institución que está debidamente regulada, fundamentándose en la Constitución Política de la República y desarrollada en las leyes penales, civiles, mercantiles, tributarias, bancarias y financieras, lo cual demuestra que dicha figura está ampliamente reconocida y protegida, para bien de los depositantes y del normal desarrollo del sistema financiero.



4. Para coadyuvar con la administración de la justicia en casos concretos y resguardar el secreto bancario, es necesario tomar en cuenta las disposiciones constitucionales y legales existentes, que rigen la confidencialidad y, por ende, el secreto bancario como una garantía individual.



RECOMENDACIONES

1. Mantener la vigencia del secreto bancario, en el sentido que la información proporcionada por el cliente derivado de las operaciones bancarias, deben ser protegidas en aras del interés público, toda vez que el elemento de la confidencialidad es connatural y consustancial a la actividad bancaria, la cual no podrá desarrollarse normalmente, si el cliente no tiene la certeza que la información que deposite en el banquero permanecerá con la debida reserva.
2. Velar por la protección de la información proporcionada por las personas a los bancos, como consecuencia de las operaciones activas, pasivas, de confianza, contingentes o de servicios que realicen entre sí, toda vez que la Garantía Constitucional es absoluta, es decir, a nadie, por ninguna causa, motivo o forma, se deberá revelar la información que surja derivado de las operaciones banco-cliente, salvo que medie orden de juez competente.
3. Mantener la secretividad bancaria en el país, debidamente regulada en la Constitución Política de la República y ampliamente desarrollada en las leyes penales, civiles, mercantiles, tributarias y bancarias, sujetando la revelación del secreto bancario a la obligada intermediación de juez competente, para bien de los depositantes y del normal desarrollo del sistema financiero.
4. Coadyuvar con la administración de la justicia en casos concretos y resguardar el secreto bancario, en el sentido que cualquier modificación a la normativa



sobre el secreto bancario que se plantee, se tomen en cuenta las disposiciones constitucionales existentes, la jerarquía de las leyes, las normas que rigen los cambios a la constitución y las consecuencias jurídicas de la violación las normas vigentes.



BIBLIOGRAFÍA

- A. ARGUERI, Saúl. **Diccionario de derecho comercial y de la empresa**, Ed. Astrea, Gráfica Minerva, Buenos Aires, Argentina, 1982.
- ACOSTA ROMERO, Miguel. **Derecho bancario**, Ed. Porrúa, México, 1978.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito**, 13ª. Ed.; México D.F., Ed. Herrero S. A., 1973, Guatemala, Ed. Mayte, 1995.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Tomo VI, Ed. Heliasta, Argentina, 1984.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, Ed. Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1973.
- GARRINQUEZ, Joaquín. **Contratos bancarios**, México, Ed. Porrúa, S. A., 1953.
- GARRINQUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**, México: Ed. Porrúa, S. A., 1987.
- MALAGARRIGA, Juan Carlos. **Secreto Bancario**, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1973.
- MARTÍN, José María. **Derecho tributario general**, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, 20a. Ed., actualizada y aumentada, por Guillermo Cabanellas de la Cueva, Buenos Aires, Argentina: Editorial Eliasta, S.R.L., 1981.
- PRADO, Gerardo. **Derecho Constitucional**. Guatemala: Editorial Praxis, 2009.
- RODRIGUEZ, RODRIGUEZ, Joaquín. **Derecho bancario**. México: Ed. Porrúa SD., 1978.
- RODRIGUEZ, RODRIGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**, México, Editorial Porrúa S, A., 1988.
- VÁSQUEZ MARTINEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**, Guatemala, Ed. Serviprensa, Centroamericana. Guatemala. C.A., 1978.
- VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**, Tomo I, Sexta Edición, Editorial Universitaria C.A., Universidad de San Carlos Guatemala, 2004.



Legislación:

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

Código Penal, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 17-73 y sus reformas, 1973.

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

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

Código Procesal Penal Guatemalteco, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 51-92 y sus reformas, 1992.

Código de Comercio, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-70 y sus reformas, 1970.

Código Tributario, Congreso de la República de Guatemala, Decreto numero 6-91, 1991

Ley de Acceso a la Información Pública, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 57-2008, 2008.

Ley del Organismo Judicial, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-89 y sus reformas, 1989.

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

Ley de Supervisión Financiera, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 18-2002, 2002.

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