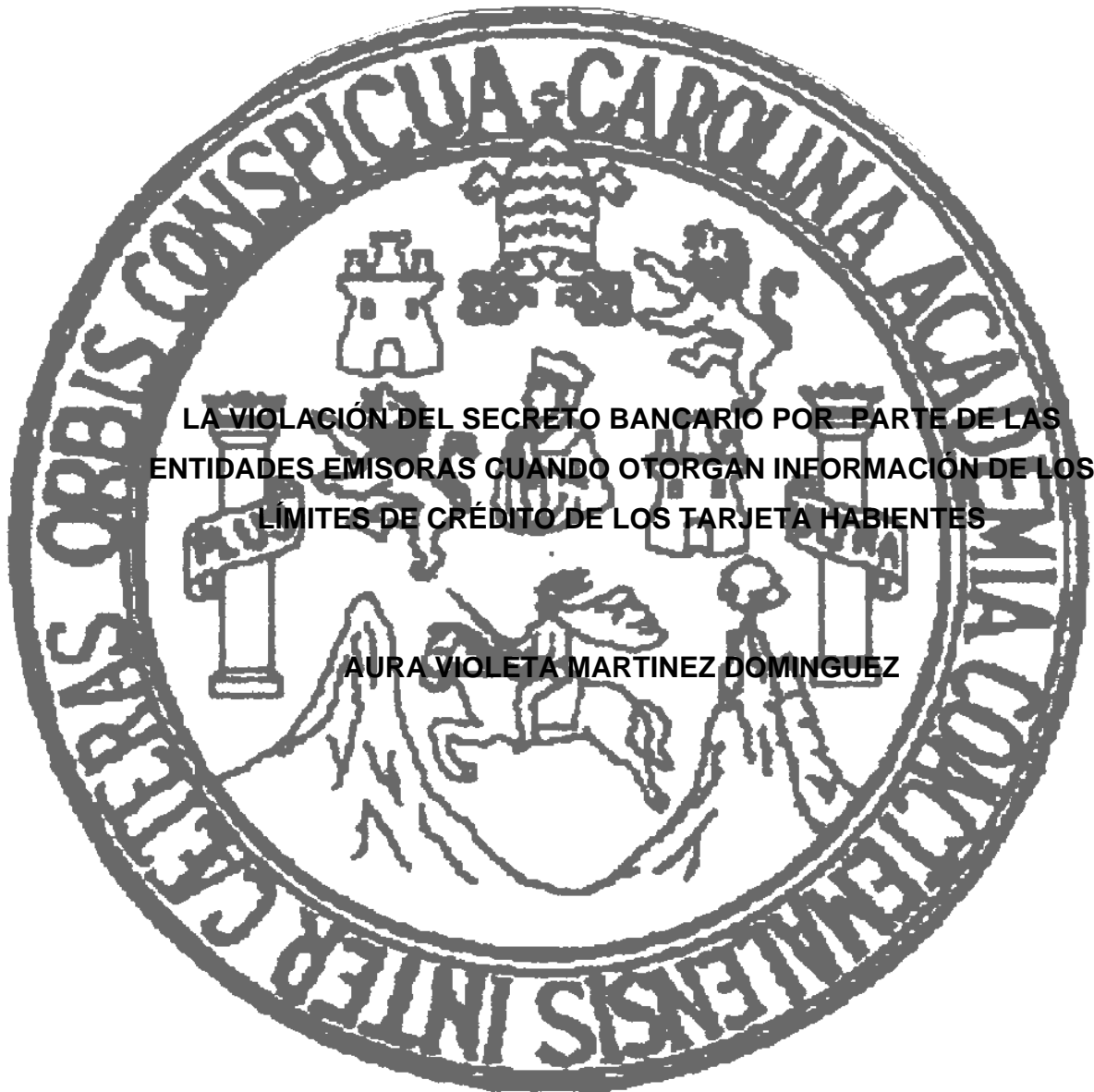


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



LA VIOLACIÓN DEL SECRETO BANCARIO POR PARTE DE LAS
ENTIDADES EMISORAS CUANDO OTORGAN INFORMACIÓN DE LOS
LÍMITES DE CRÉDITO DE LOS TARJETA HABIENTES

AURA VIOLETA MARTINEZ DOMINGUEZ

GUATEMALA, MAYO DE 2008

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

**LA VIOLACIÓN DEL SECRETO BANCARIO POR PARTE DE LAS
ENTIDADES EMISORAS CUANDO OTORGAN INFORMACIÓN DE LOS
LÍMITES DE CRÉDITO DE LOS TARJETA HABIENTES**

TESIS

**Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Faculta de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Por**

AURA VIOLETA MARTINEZ DOMINGUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDÍCAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, mayo de 2008

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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÒ
EL EXAMEN TÈCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. Mayra Yojana Veliz López.
Vocal: Lic. Jorge Leonel Franco Moran.
Secretario: Lic. Héctor Antonio Roldán Cabrera.

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ronan Arnoldo Roca Menéndez.
Vocal: Lic. Homero Nelson López Pérez.
Secretario: Lic. Guillermo Díaz Rivera.

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

DEDICATORIA

- A DIOS:** Mi fortaleza y razón de vivir.
- A MIS PADRES:** Yolanda Domínguez y José Antonio Martínez. Gracias por acompañarme siempre desde el cielo.
- A:** Universidad de San Carlos de Guatemala y muy especialmente a la gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- A MIS HERMANOS:** Guillermo, Elizabeth, Gilberto Antonio, Cesar Augusto, Mario Alfredo, Salomé, Carlos Humberto y Sara.
- A MI TÍO:** Pablo Domínguez.
- A MIS SOBRINOS:** Julio, Lilian, Karlita, Anabella, Catherine, Karen, Amparito, Herberth, Sheila, Vicky, Nixon, Christian, Edgar, Betzabè, Martita, Carolina, Guillermo, Carlitos, Orlando, Abraham, Isaías, Salvita, Manuel, José Antonio, Edwin Leonel, Jaime Gilberto, Gladis, Eddy, Jimmy Warner y Jimmy Bryan.
- A MIS CUÑADOS:** Rafa, Marisol, Mary, Raúl, Virginia y Amparo.
- A MIS PADRINOS:** Gracias por su apoyo y por ser un ejemplo a seguir.
- A MIS AMIGOS:** Elva, Dora, Cindy, Diana, Silvia, Edwin, Mayra, Aurea, Christian, Gris, Hilda, Melva y Doris.

ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. La secretividad de la banca en sus operaciones.....	1
1.1. Etimología y antecedentes históricos en general.....	1
1.2. Antecedentes históricos de la banca de Guatemala.....	4
1.3. El secreto concepto.....	5
1.3.1. Por su conocimiento.....	6
1.3.2. Según su origen.....	6
1.3.2.1. El secreto natural.....	6
1.3.2.2. El secreto prometido.....	7
1.3.2.3. El secreto confiado.....	7
1.4. El secreto procesal.....	7
1.5. Su naturaleza jurídica.....	9

CAPÍTULO II

2. El secreto bancario, concepto y clasificación.....	11
2.1. Derecho bancario.....	11
2.2. Naturaleza jurídica.....	12
2.3. Definición de banco.....	15
2.4. El secreto bancario concepto y clasificación.....	15
2.4.1. Antecedentes del secreto bancario.....	15
2.5. Concepto y naturaleza jurídica.....	17
2.5.1. Concepto.....	17
2.6. Naturaleza jurídica.....	19
2.7. Definición de banco.....	21
2.7.1. Definición legal.....	22
2.8. Diferencia entre banca y banco.....	22
2.9. Constitución, autorización, capital y administrativos de bancos.....	24
2.10. Clasificación de la banca.....	28
2.10.1. Bancos comerciales.....	29
2.10.2. Bancos hipotecarios.....	29
2.10.3. Bancos de capitalización.....	29
2.10.4. Banco comerciales e hipotecarios.....	30
2.11. Sujetos y obligaciones en el secreto bancario.....	31

	Pág.
2.11.1. Sujeto activo.....	31
2.12.1. Sujeto pasivo.....	32
2.12.1. Definición de cliente.....	32

CAPÍTULO III

3. Regulación del secreto bancario	35
3.1. La buena fe, el uso, el contrato, el secreto profesional.....	37
3.1.1. La buena fe.....	37
3.1.2. El uso.....	38
3.1.3. El contrato.....	38
3.1.4. El secreto profesional.....	39
3.2. La legislación comparada.....	41
3.2.1. En Suiza.....	41
3.2.2. En Francia.....	41
3.2.3. En Italia.....	42
3.2.4. En España.....	42
3.2.5. En México.....	42
3.2.6. En Panamá.....	43
3.2.7. En Argentina.....	44
3.3. Límite y extensión del secreto bancario.....	44
3.3.1. Interés público y privado.....	45
3.4. La ley como fuente del secreto bancario.....	46

CAPÍTULO IV

4. La violación del secreto bancario en relación a los tarjeta habientes.....	49
4.1. Fines y funciones del secreto bancario.....	49
4.2. Cuales son las consecuencias jurídicas de la violación del secreto bancario.....	50
4.2.1. Civiles.....	50
4.2.2. Penales.....	51
4.3. El secreto bancario en el ámbito penal.....	51
4.4. El secreto bancario en el ámbito civil	52
4.5. Elementos del secreto bancario.....	53
4.6. Excepciones del secreto bancario.....	54
4.6.1. Organismos de supervisión.....	54

	Pág.
4.6.2. Mandatarios y apoderados del cliente.....	55
4.6.3. Situación del cónyuge del cliente.....	55
4.6.4. Los sucesores a título universal.....	56
4.6.5. Los sucesores a título particular.....	56
4.6.6. Contienda judicial con el cliente.....	56
4.6.7. Colegas del banquero.....	57
4.6.8. Administración pública.....	57
4.6.9. Administración de justicia.	58
4.6.10. En el derecho procesal civil y mercantil.....	58
4.6.11. En el derecho procesal penal.....	59
4.6.12. En el derecho procesal laboral.....	59
4.6.13. Los informes intercambiarios o informes comerciales.....	60
4.7. Sanciones a la violación del secreto bancario.	61
4.7.1. Sanciones penales.....	61
4.7.2. Sanciones civiles.....	62
4.7.3. Sanciones administrativas.....	64
4.8. Sanciones bancarias.....	66
4.9. Los bancos sus operaciones y servicios.....	67
4.9.1. Operaciones pasivas.....	67
4.9.2. Operaciones activas.....	68
4.9.3. Operaciones de confianza.....	69
4.9.4. Operaciones contingentes.....	69
4.9.5. Servicios.....	69
4.9.6. Tasas de interés, comisiones y recargos.....	70
4.9.7. Horario de operaciones y servicios con el público.....	70
4.9.8. Proporciones globales en moneda extranjera.....	71
4.10. Prohibiciones y limitaciones a los bancos.....	71
4.10.1. A empresas del grupo financiero.....	72
4.10.2. Limitaciones.....	73
4.11. Violación del secreto en relación a los tarjeta habientes.....	74
4.11.1. Información Banco de Guatemala algunas consideraciones teóricas sobre el desarrollo del dinero electrónico.....	75
4.11.2. Definición de dinero electrónico.	76
4.11.3. Características claves de los esquemas del dinero electrónico.	77
4.11.4. Factores que influyen en el desarrollo del dinero electrónico....	78
4.11.5. Problemas derivados del desarrollo del dinero electrónico.....	80
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	87

INTRODUCCIÓN

Dentro del marco financiero actual, la función de los bancos es sumamente importante, tanto en el continente europeo como en América Central, han surgido polémicas sobre el papel de los bancos como entidades de depósitos de capitales, dichas polémicas se han centrado sobre el tema de que si los bancos están obligados a revelar los depósitos que a su cargo tienen y quien es el titular de dicha cuenta.

Al analizar detenidamente el trabajo de investigación, surge la necesidad de profundizar sobre el mismo, con respecto a la normativa mercantil y demás leyes. Debido a que la función que desarrollan las instituciones financieras, genera relaciones de todo tipo, las que en mayor o menor grado caen dentro del campo jurídico, del llamado derecho cambiario.

Lo anterior permite ver la necesidad de realizar una investigación de tesis que permita establecer la violación del secreto bancario por parte de las entidades emisoras, cuando otorgan información de los límites de crédito de los tarjeta habientes.

Los objetivos del trabajo de investigación se alcanzaron al determinar porque las entidades bancarias y/o emisoras de tarjetas de crédito violan el secreto bancario, cuando divulgan datos de sus tarjetas habientes. colocando en riesgo la seguridad del mismo.

La hipótesis formulada se comprobó, y se pudo establecer que las entidades bancarias y/o emisoras de tarjetas de crédito violan el secreto bancario cuando divulgan datos de sus tarjetas habientes, colocando en riesgo la seguridad del mismo.

Se utilizaron el método analítico, sintético, inductivo y deductivo. También se empleo la técnica bibliografica.

El desarrollo del presente trabajo de investigación se ha dividido en cuatro capítulos, de los cuales el primero capítulo, consiste en la secretividad de la banca en sus operaciones, etimología y antecedentes históricos en general, antecedentes históricos de la banca en Guatemala, el secreto, concepto, y su naturaleza jurídica; el segundo capítulo, muestra el secreto bancario, concepto y naturaleza jurídica, diferencia entre banca y banco, así como su clasificación de la banca, bancos comerciales, bancos hipotecarios, bancos de capitalización, bancos comerciales e hipotecarios, y sujetos y obligaciones en el secreto bancario, sujeto activo y sujeto pasivo; el tercer capítulo señala regulación del secreto bancario, la buena fe, el uso, el contrato, el secreto profesional, legislación comparada, límite y existencia del secreto bancario, la ley como fuente del secreto bancario; en el cuarto capítulo, se expone la violación del secreto bancario en la relación a las tarjetas habientes, fines y funciones del secreto bancario, como se viola el secreto bancario, cuales son las consecuencias jurídicas de la violación del secreto bancario, el secreto bancario en el ámbito penal y el secreto bancario en el ámbito civil.

CAPÍTULO I

1. La secretividad de la banca en sus operaciones:

1.1. Etimología y antecedentes históricos en general:

Antes de abordar el significado de secreto bancario, es necesario referirse a la palabra banco. Así encontramos que: etimológicamente, banco se origina del antiguo alto alemán, bank, mesa que utilizaban los cambistas

” Gramaticalmente el comercio consiste en operaciones de giro, cambio y descuento, en abrir créditos y llevar cuantas corrientes y en comprar y vender efectos públicos especialmente en comisión.”¹

Banco es “el establecimiento público de crédito constituido en sociedad por acciones. Según sea su ejercicio mercantil se llama agrícola, de acuerdos, de emisión, de exportación, de fomento hipotecario, industrial, etcétera.”²

El banco “ es la empresa constituida bajo la forma asociativa, cuya actividad se dirige a coleccionar capitales ociosos; dándoles de pago y a negociar con valores”.³

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

¹ . Argeri, Saúl Antonio. **Diccionario de derecho comercial y la empresa**, pág. 150.

² . **Ibid.**

³ . Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias, jurídicas, políticas y sociales**, pág. 250.

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.

El origen concreto de esta institución es discutido; según algunos autores, fueron los judíos lombardos los que iniciaron la actividad bancaria en la península itálica alrededor del año 808, pero la opinión más generalizada atribuye este privilegio al Banco de Venecia, formado en el año 1156 al año 1557, como consecuencia de un préstamo forzoso impuesto por el gobierno veneciano, que requirió la organización de un servicio de pagos; a resultas del cual dicho banco se vio precisado a emitir viajes transferibles para satisfacer los pedidos de cesión que le hacían los titulares de créditos por intereses. No fue este, sin embargo, un establecimiento que pudiera merecer la denominación de banco dentro del concepto moderno de la palabra, como tampoco lo fueron las casas de Acciajouli, Vardi, Peruzzi, Pitti y Medici, que extendiéndose desde Florencia, cubrieron a la Europa del Siglo XIV con una red de instituciones de crédito; todas ellas eran simples intermediarias en los pagos fiscales o particulares.

El depósito bancario se convierte en depósito irregular; que la emisión de billetes comienza a considerarse función indispensable de la actividad bancaria y nace el crédito bancario. Ello dio lugar un impulso extraordinario a la banca europea y, a comienzos del siglo XVIII, ya existen importantes instituciones bancarias en todas las grandes capitales de Europa. 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 las grandes instituciones de crédito que mantenían relación con el Estado, disfrutando generalmente de una especie de monopolio. Modelo de este sistema es el de Inglaterra que en 1708, a cambio de sus muchos servicios al gobierno, obtiene un monopolio de hecho para la obtención de billetes en Londres. Alrededor de esos bancos grandes, se organizaban generalmente en las ciudades

del interior, bancos de menor cuantía que, mal vistos (pues en la práctica no mantenían 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 los 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: el Midland, el Westminster, el Lloyd's, el Barclay y el Nacional Provincial, tienen sus similares en Francia: el Credit Lyonnais, Comptoir Nac.; D'Escompte de Paris, Credit Comercial, Societe Générale; y en Alemania el Cmmmerz un Privat Bank, el Bel iner Handelgeselleshaft, etcétera. En los Estados Unidos el proceso, es distinto: Allí se dicta, en 1864, una Ley por la cual se organiza el Federal Reserva Sistem, en base a una red de bancos garantizados locales con facultad de emisión sujeta a un depósito de títulos públicos en el Federal Reserva Bank, que actúa como órgano fiscalizador del sistema.

Podemos decir que la banca nació como un triangulo, formado por los bancos privados, que en este entonces eran excepcionales, la Banca Estatal y en especial los templos. Estos últimos tuvieron una particular significación por ser el sitio donde se realizaban depósitos. Así podemos mencionar dentro de los más importantes los de Aridon, Sippar, babilonia y el Rojo de DuruK del que dice es el Establecimiento bancario más antiguo.

“Entre el tigre y el Eufrates, en el emplazamiento actual de Werka, las investigaciones han permitido descubrir un edificio monumental de color rojo que data del año 3,200 a 3400 A.C. Es el establecimiento bancario más antiguo. Los dioses del templo comerciales, sirviéndose de agricultores y comerciantes. Adelantaban a los esclavos para alcanzar la libertad y a los prisioneros para

liberarse.”⁴

1.2. Antecedentes históricos de la banca de Guatemala:

La actividad bancaria fácilmente puede remontarse a épocas tan lejanas como la del reinado de los primeros monarcas babilónicos. En la era moderna la actividad adquirió una conformación, que hizo que el banquero dejara de tener el carácter de simple prestamista o depositario. Es por esto que podemos encontrar billetes emitidos por muchos bancos correspondientes a es época.

Pero este sistema de múltiples bancos emisores de papel moneda produjo desorden, haciendo necesario la creación de un único banco emisor de papel moneda, el Banco de Guatemala, que nació durante el gobierno del General José María Orellana, en 1924 y las instituciones existentes se convirtieron en comerciales e hipotecarios, operando de esta forma hasta la Revolución de 1944, cuando se promovió una segunda reforma bancaria, concretizándose con la creación del Banco de Guatemala, y la emisión de Ley Monetaria, que vinieron a establecer un nuevo marco para la banca del país. Esto le permite al Banco de Guatemala convertirse en banco central, con las funciones de banco, banquero del Estado y único emisor de moneda.

En la actualidad el sistema bancario de Guatemala esta conformado por veintiún bancos, uno de ellos nacionales: Banco de Guatemala, el Banco de Desarrollo Rural Sociedad Anónima que pertenece al Estado (BANRURAL), ubicado sus oficinas centrales en avenida Reforma zona diez y a la iniciativa privada, diecinueve pertenecientes a la iniciativa privada. El sistema bancario del país juega un papel primordial en la economía, debido a que su existencia permite el flujo constante de valores monetarios y de cambio.

⁴. García Prieto, Luís Maria, **El secreto bancario**. pág. 36

1.3. El secreto concepto:

“Son innumerables las fuentes de consulta en donde podemos encontrar el significado o definición de la palabra secreto, pero todas ellas coinciden en determinarla como, “ lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto: aquí encontramos que el secreto es un concepto con un contenido negativo: ¿por qué?, Porque es necesario lo que no puede ser conocido ni por todos ni por un círculo indeterminado de personas, sino solamente por una o por algunas. En el diario que hacer de nuestra vida la utilización de este vocablo es uso continuo y podríamos decir que identificados el secreto como ese algo que reúne características muy determinadas, es una actitud muy personal de mantener en reserva algo, es decir que presupone conocer o saber más que otra u otras persona y es aquí donde surgirá, sólo si existe una pluralidad de personas. Así determinamos que, el secreto implica el conocimiento por parte de un sujeto de algo que otros desconocen. Etimológicamente la palabra secreto proviene de secretum que es el participio pasado del verbo “serceno” que significa separar, segregar: entonces bien podemos decir que existen unas personas que separamos de aquellas personas que no poseen tal saber o conocimiento. Ajustándose al precepto que nos interesa, podemos decir que el secreto bancario es la obligación impuesta a los bancos de no divulgar a terceros, sin causa justificada, la información o datos referentes a sus relaciones que los vinculan con sus clientes.”⁵

De esta misma manera hallamos el secreto con alguna clasificación, como por ejemplo:

⁵. *Ibíd*, pág. 36.

1.3.1. Por su conocimiento:

- Absolutos:

Aquí están contemplados todos aquellos que nadie conoce siendo difícil que puedan llegar a ser conocidos. Aquí podríamos ubicar ciertas Leyes de la naturaleza, acontecimientos, etc., pero más que secreto sería un misterio, pues le faltaría un elemento primordial para ser secreto y esto es la pluralidad de personas que desconocen su contenido, frente a una o varias que lo conocen. Si no hay ente (institución) que lo conozca no llenará los requisitos para ser secreto.

- Relativos.

Aquí encontramos los que son conocidas por unas personas y que otras ignoran. El desconocimiento por parte de otras personas pueden ser voluntario o accidental tomando en cuenta si han existido obstáculos concientes o casuales para impedir su divulgación lo que podría además tener consecuencias jurídicas.

1.3.2. Según su origen:

Esta parte es la más difundida, donde se distinguen tres clases de secretos, siendo estos: el secreto natural, el secreto prometido y el secreto confiado.

1.3.2.1. El secreto natural:

Es secreto natural todo aquello por que conocido por casualidad, por investigación personal o por indiscreción ajena, no puede ser revelado sin causar perjuicio real, o por lo menos un justificado disgusto. El secreto natural debe mantenerse oculto por su propia naturaleza, por la Ley natural o deber moral que prohíbe perjudicar o disgustar a los demás sin justo motivo. Es indispensable de

todo compromiso u obligación. Al ser impuesto por la naturaleza misma de la cosa, la obligación de guardarlo es absoluta ya que se puede revelar cuando el bien común así lo exija, y en algunos casos por el bien particular.

1.3.2.2. El secreto prometido:

En este caso podemos determinar que primero es conocido el secreto y posterior se adquiere la obligación de guardarlo, es aquí donde analizamos que no es la naturaleza misma del secreto la que nos obliga, si no más bien el compromiso, la promesa de no revelarlo, convirtiéndolo en menos rígido dependiendo de la voluntad o intención del que promete.

1.3.2.3. El secreto confiado:

La esencia en este tipo de secreto varia totalmente, pues el compromiso de no revelar el secreto se adquiere previamente el conocimiento. Vemos que la promesa de no revelarlo es fundamental porque constituye la razón principal. Éste puede darse en forma confidencial o profesional, diferenciándose si lo oculto es comunicado a una persona cualquiera, que no está obligada por su profesión u oficio, o si por el contrario, se hace a un profesional que por su ocupación tiene la misión de ayudar a otras personas, como serían abogados, médicos, etcétera.

1.4. El secreto procesal:

Partamos, para nuestro análisis de los límites a las libertades de información y de expresión de los actos procesales, del principio constitucional de que " toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización. " (Artículo 31 de la Constitución Política de la República de Guatemala.)

La Constitución abrogada de 1965, en su Artículo 240, tercer párrafo establecía que " La administración de justicia es obligatoria, gratuita e independiente de las demás funciones del Estado. Será pública siempre que la moral, la seguridad del Estado o interés nacional no exijan justicia. " Los actos procesales, según la proclamación de aquella Constitución eran públicos, con el límite a la libertad de información y expresión de la tutela a la moral, la seguridad estatal o el interés nacional. Sin embargo la publicidad se puede dar cuando las partes lo solicitan. Es decir, cuando deseen que los alegatos se hagan en vista pública.

Se puede decir entonces, que aunque la Constitución Política de la República de Guatemala actual no haya reconocido la publicidad de algunos actos procesales, cualquier persona puede tener acceso a los documentos y archivos de los tribunales de acuerdo con el principio del Artículo 30 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en ejercicio del derecho de información, pero en los delitos contra el honor no le puede dar publicidad y por el derecho a la vida privada de las partes procesales litigantes. Tiene, pues los medios de difusión, limitada la libertad de expresión pero no la de información. En el caso de los procesos administrativos, laborales de familia, civiles, de amparo, de inconstitucionalidad, etc., no está limitada la libertad en todo su trámite, pero las libertades de información y expresión están limitadas en el proceso penal en su diligenciamiento (secretividad sumarial).

Podemos decir que, aunque en nuevo texto Constitucional la secretividad sumarial dejó de serlo para las partes, se produce siempre la secretividad procesal, para terceros que no tienen ninguna relación con el proceso penal. El Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala, " El detenido, el ofendido, el Ministerio Público y los abogados que hayan sido designados por los interesados, en forma verbal o escrita, tienen derecho de conocer, personalmente, todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y en forma

Los oficiales (empleados públicos) tienen obligación de guardar el secreto procesal de los trámites (primeras diligencias) para cualquier otra persona que no sean legitimadas para conocer las actuaciones.

El Código Penal configura el delito de revelación de secretos, como cometido por funcionario o empleados públicos. Lo define así el Artículo 422: “el funcionario o empleado público que revelare o facilitare la revelación de hechos, actuaciones o documentos de los que tenga conocimiento por razón de su cargo y por disposición de la Ley deben permanecer en secreto, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales”.

1.5. Su naturaleza jurídica:

La naturaleza jurídica del tema tratado sobre el secreto bancario dependerá de la adecuación que de la misma se haya hecho en el derecho positivo de cada país y por lo tanto del tratamiento que en ellos haya merecido. Al ubicarlo concretamente en el Artículo 63 del Decreto 19-2002 Ley de Bancos y Grupos Financieros, podemos afirmar que se trata de una responsabilidad impuesta por la Ley a los directores, funcionarios y empleados de las instituciones bancarias tomando en cuenta la Información que con carácter de confidencial fue comunicado al banco o que al mismo se hubiere tratado conjugándose elementos tanto del derecho público como del privado. La complejidad de la obligación que le es impuesta al elemento humano y por ende a los bancos de observar ese secreto, se advierte su carácter de derecho público ya que compete a los órganos estatales establecer la norma jurídica que impone una responsabilidad de confidencialidad y por otra, nace un derecho subjetivo que puede exigir su cumplimiento y en su caso obtener un resarcimiento económico si la indiscreción en la divulgación de la información obtenida hubiere claramente que el secreto bancario no encuadra exclusivamente en el campo del derecho público, sino que a la vez se ubica dentro del derecho privado. Asimismo tenemos que generalmente las relaciones entabladas entre cliente y

banco se mantienen dentro del marco de la normatividad privada, pero si llegare a aplicarse una sanción por contravenir disposiciones locales por el incumplimiento de la obligación de mantener, la reserva de los asuntos conocidos en las operaciones realizadas por el usuario, es aquí donde caemos en el campo del derecho público. El querer ubicar el secreto bancario dentro de un marco específico de derecho privado o bien de derecho público, resulta demasiado rígido, ya que como tal depende de la acción permanente que se este ejecutando y será esta misma acción quien lo delimite. Es por esa misma dinámica que tiene el derecho bancario que el secreto bancario por su misma naturaleza debería constituirse en una figura netamente ecléctica, pues en esta caso será mucho más versátil su ejecución e interpretación jurídica de tal manera que no estaría tomando extremos en su posición si no seria la intermediación de ambas ramas del derecho.

Para sustentar esta posición hagamos un pequeño análisis. El derecho público contiene normas imperativas que contienen mandatos absolutos e irrenunciables, mientras que el derecho privado regula normas de carácter contractual que buscan la armonización de intereses individuales tales como la constitución de depósitos, fideicomisos, etcétera. Ambos derechos se complementan en algunos actos de la administración pública siendo aquí donde en un mismo acto unos elementos pueden estar sometidos al derecho público y otros al derecho privado.

CAPÍTULO II

2. El secreto bancario, concepto y clasificación.

2.1. Derecho bancario:

“ La actividad de banca y crédito puede afirmarse que abarca muchas facetas, todas ellas importantes en su desarrollo. Dicha actividad se regula por medio de una estructura jurídica, que es fundamental para compensar el desarrollo de la banca, pues da las bases conforme a las cuales se organizan y establecen las instituciones, se regula su actividad, se conciertan sus operaciones y se establecen sus derechos.”⁶

El derecho bancario “ es el conjunto de principios y normas que se refieren a la empresa y a las operaciones de banca, se puede dar sin inconveniente el nombre de derecho bancario, siempre que quede bien claro que se trata simplemente de una parte integrante del derecho comercial y no una rama autónoma del derecho.”⁷

El derecho bancario “ este amplísimo campo de de la actividad humana, constituida por el derecho bancario, se encuentra sometido a diferentes regulaciones de las que se pueden citar el conjunto de normas técnicas que se refieren a la ordenación contable de las empresas bancarias (contabilidad, bancaria: relativas a las normas económicas de aplicación concreta en este campo) (economía bancaria: concerniente al mecanismo y a la especialización profesional), (técnica bancaria: la constituida por las normas jurídicas relativas a la materia bancaria, entendiéndose como tal al complejo de las pérdidas de las cosas, y de los negocios por medio de los que se efectúan las operaciones de banca). Derivándose de ello consecuentemente las llamadas instituciones de créditos como sujetos de derecho

⁶. Acosta Romero, Miguel. **Derecho bancario**, pág. 1

⁷. Greco, Paolo. **Curso de derecho bancario**. pág. 24

bancario; las operaciones banca, como relaciones jurídicas típicas del derecho bancario; y las cosas bancarias con objeto de aquellas operaciones. Por lo que al conjunto de normas jurídicas relativas a la materia bancaria, es lo que vamos a llamar derecho bancario."⁸

Tomando en cuenta los elementos más importantes de las definiciones anteriores se formula la siguiente definición: " El derecho bancario es el conjunto de normas jurídicas, cuyo objetivo primordial consiste en regular la organización, la actividad y las operaciones bancarias de los sujetos de toda relación de naturaleza bancaria."

2.2. Naturaleza jurídica:

Un sector de la doctrina considera que el derecho bancario forma parte del derecho privado. La doctrina francesa tradicionalmente conservadora, todavía estima que el derecho bancario forma parte del derecho privado y dentro de este del derecho mercantil, y en España también se pronuncian respecto a este sentido su fundamento son las ideas de que las relaciones contractuales de los bancos y su cliente, interesan o se regulan por el derecho privado, afirmando que, dentro de esas relaciones, existe cierta autonomía de voluntad. (Los juristas entienden que prevalece en la contratación mercantil el principio de la autonomía de la voluntad)

" En la relación entre banco y cliente que pudieran decirse sería privada, no campea (por lo menos en México), la autonomía de la volunta por ejemplo, en las operaciones pasivas de los bancos, las partes no pueden fijar los plazos, las tasas de interés, los instrumentos de capacitación del ahorro público y ni siguiente pueden redactar los contrato, ya que todas las circunstancias son establecidas por vía

⁸. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Derecho bancario**, pág. 43

de autoridad, por el Instituto Central y no pueden ser modificadas, como ya se dijo, por voluntad de Los particulares.”⁹

En Guatemala, podemos afirmar que nos encontramos en similar situación con México, ya que en el Código de Comercio vigente, existe la regulación mercantil, en el sentido de que los bancos, se regirán en cuanto a su forma, organización y funcionamiento, por lo que disponga este Código en lo que no contravenga sus Leyes y disposiciones especiales. La autorización para constituirse y operar se regirá por las Leyes especiales aplicables a cada caso. (Artículo 12 Código de Comercio). El primer párrafo del Artículo citado nos ubica dentro del derecho privado, mientras al remitirnos a Leyes especiales nos ubica en el derecho público, dichas Leyes especiales están conformadas por la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Ley Monetaria y sus respectivos reglamentos.

En la actividad bancaria se dan las siguientes limitantes en las operaciones de los bancos. Las partes no pueden fijar las tasas de interés y los instrumentos de capacitación del ahorro público, ya que todas las circunstancias son establecidas por vía de autoridad competente como lo es la Junta Monetaria, las cuales no pueden ser modificadas a libre disposición de los contratantes (nos ubica en el derecho público), Esto por un lado y por el otro, ocurre que el usuario no puede redactar los contratos ya que las instituciones bancarias ya tienen los contratos formateados, a los cuales el solicitante si sale beneficiado de ser cliente de la institución, únicamente tiene que adherirse el mismo, firmando dicho contrato (únicamente en el derecho privado.)

El derecho bancario se encuentra regulado dentro de Leyes que se catalogan y se dirigen para la actividad privada, pero que en la realidad el Estado interviene para cualquier regulación no prevista, influenciando enormemente en la actividad bancaria, por lo tanto prevalece el ente público en dicha relación, la que

⁹. Acosta, **Ob. Cit**; pág. 9.

lleva a concluir que es de naturaleza privada en cuanto a su regulación y con relación a su ejercicio es de naturaleza pública, por lo que el derecho bancario tiene una doble naturaleza.

Las entidades bancarias intermediarias del crédito y financiamiento, actividades que le reportan réditos a través de los intereses que son fijados por la Ley de Bancos y Grupos Financieros, este cuerpo legal conforma derecho público y por otro lado afirma que el Estado representado a través de la Junta Monetaria del Banco de Guatemala son los que controlan las operaciones bancarias e intervienen severamente cuando existe incumplimiento, por omisión o comisión de la Ley que las regula, al intervenir el Estado imponiendo al poder público, el derecho bancario se ubica en el ramo público.

Los distintos autores doctrinarios han expuesto y han dado al derecho bancario un campo de aplicación distinta, unos afirman que pertenecen al derecho público, mientras que otros defieren que pertenecen al derecho privado, corriente más aceptada por los tratadistas del derecho bancario.

Sin embargo a lo anterior expuesto, hace sostener que el derecho bancario es de naturaleza mixta, por un lado se nos presenta dentro de un conjunto de normas dirigidas a regular las actividades entre una institución denominada banco y un particular llamado usuario, y por el otro un conjunto de disposiciones emitidas por las entidades a las que el Estado ha encargado velar por el debido cumplimiento de dichas normas y que en este caso es la Junta Monetaria, o sea que no queda fuera de la tutela y control del Estado.

2.3. Definición de banco:

El banco “es la organización comercial, institución bajo la forma de sociedad por acciones, que tienen por objeto la realización de operaciones de crédito.”¹⁰

“ Entidad económica financiera cuya actividad se traduce en la organización y la regulación de las operaciones de crédito y política crediticia que se debe cumplir por la “ banca ” y que proviene, se originan o relacionan con el dinero y títulos que le representan, lo cual se conceptúa como mercadería.” ¹¹

2.4. El secreto bancario, concepto y clasificación:

2.4.1. Antecedentes del secreto bancario:

El secreto bancario en su totalidad. Se conoce desde la antigüedad como un parte de la actividad de los banqueros, en su inicio y toda vez que los depósitos se hacían en los templos, consecuentemente la discreción de estas operaciones estaba relacionada con el misterio de lo desconocido, la magia y la religión, que fueron configurando una especie de secreto profesional entre quienes practicaban los depósitos.

Durante la edad media, el secreto bancario fue parte de la ética de los negocios de esta actividad, sobre todo, por ejemplo en la orden de los templarios y en ciertas órdenes de caballería y religiosas que realizaban alguna actividad relacionada con la banca.

En Francia en su primer texto que se refiere al secreto bancario es una disposiciones administrativa del 2 de abril de 1639. Relativa a la bolsa de Paris, que

¹⁰. Barreno, José Alberto. **Diccionario manual jurídico**. pág. 110.

¹¹. Argeri, **Ob. Cit**; pág. 68.

estableció que los asuntos de la bolsa, no sean conocidos más que por aquellos que negocien en la misma.

La Gran Ordenanza de Comercio de Colbert (título III párrafo 9), establece el secreto de los libros de los comerciantes en general.

Un reglamento de octubre de 1706 estable el secreto bancario para los negocios de banca, cambio, comercio y finanzas.

Hay disposiciones del Consejo de Estados Francés, del 30 de agosto de 1720 y 1724 que también hace referencia al secreto bancario.

La doctrina francesa es unánime en considerar el secreto bancario a través del tiempo y lo justifican su protección, tanto en las actividades de cambio, como en las de banca y derivado de la confianza que el público tiene en los banqueros, cuya revelación de opresiones sería una especie de abuso de esa confianza.

En Francia, el Artículo 378 del Código Penal Francés, es la base del principio general del secreto Profesional, y se ha hecho extensivo no sólo a los médicos, cirujanos y otra clase de profesionistas, también a los banqueros. En México, propiamente no se conocía el secreto bancario, sino hasta el año de 1897.

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

En Guatemala la banca tuvo sus inicios después de la reforma liberal del 1871, cuando se fundaron los primeros bancos. Siendo entre los bancos que se fundaron el de Occidente que en la actualidad presta sus servicios bancarios; para esa época los bancos que existían poseían la capacidad de emitir billetes pagaderos a la vista y a los portadores, ocasionándose un desorden en la economía nacional.

Durante el gobierno del General José María Orellana se sintió la necesidad de que existiera una institución única del papel moneda, creándose el Banco de Guatemala. En 1924, pasando a ser de las instituciones hipotecarias y comerciales.

Para el año de 1944, en que se gestó la Revolución denominada del 20 de Octubre de 1944, se da la segunda reforma, cuando se da vida en forma concreta al Banco de Guatemala, y se promulgan las Leyes bancarias que regularían las operaciones de los bancos, quedando el Banco de Guatemala, como el único autorizado para la emisión de moneda y como único banco del Estado.

Al hacer esta referencia sobre los bancos, sirve de base para sustentarse desde que el Secreto Bancario, se encuentra enrolado dentro de la institución bancaria y a evolucionado en forma añeja con la misma y que a la fecha no ha logrado el perfeccionamiento que es necesario para la protección de capitales particulares.

2.5. Concepto y naturaleza jurídica.

2.5.1. Concepto:

Gran diversidad de estudiosos del derecho bancario y del derecho mercantil, han aportado diferentes estudios respecto al secreto bancario.

El Secreto profesional. " Se entiende la información reservada o confidencial

que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad; como los sacerdotes, por confesión de delincuentes; los abogados o defensores, por revelación de sus patrocinados; los militares, por estar en cierto establecimiento de defensa nacional, en investigaciones o cargos que impiden toda manifestación.”¹²

Con la finalidad de ilustrar el presente trabajo de investigación objeto de estudio presento algunas concepciones que acerca del secreto bancario las elaboran algunos tratadistas:

También el 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 deriva de las circunstancias de que el banco sólo ha podido tener ese conocimiento por la prestación de un servicio o ayuda económica financiera facilitada al cliente y por el ligamen derivado de esa vinculación. En el Cuadro del dogmatismo jurídico el deber de mantener el secreto perfila como promesa tacita, implícita. En doctrina se discrepa sobre el fundamento: a) deriva de la voluntad con el banco; b) asienta en la culpa o negligencia; c) ese deber tiene origen en la confianza. La obligación de mantener el secreto sus límites; cuando su mantenimiento importa la violación de la Ley; surge un interés científico o fiscal en descubrirlo o ante requerimiento judicial frente a la investigación de delitos de naturaleza penal. ”¹³

“ El secreto se deriva de la palabra latina “srtun” que significa lo oculto, lo ignorado, lo escondido y es una derivación del verbo “sercenere”, que significa segregar, separar, apartar. El secreto viene a ser una conducta que puede tipificarse de la siguiente manera: 1. la existencia de ciertos hechos, circunstancias, documentos o situaciones; 2. El conocimiento que de ellos tienen esos individuos, de no transmitir ese conocimiento a terceros, fuera de los casos señalados por la Ley;

¹². Barreno, **Ob. Cit**; pág.47.

¹³. Argeri, **Ob. Cit**; pág. 354.

3. Es obligación que tienen esos individuos, de no transmitir ese conocimiento a terceros, fuera de los casos señalados por la Ley. El secreto profesional hace referencia a que por razón de sus actividades profesionales, existen personas que conocen hechos, circunstancias, datos documentos que les confía su clientela. El Secreto Profesional esta basado, en primer lugar, en la ética profesional de quien conoce esos hechos y en segundo, en las reglas de orden público que establece la sociedad, para proteger la vida privada o la seguridad jurídica, de las personas que han puesto en conocimiento de los profesionales pueden proteger, como ya se dijo, la vida privada, ciertos derechos reales, el honor de las personas, su tranquilidad, procedimientos técnicos de las personas, su tranquilidad, procedimientos técnicos o industriales, inventos, de derechos de autor, etc."¹⁴

" La tradición ha impuesto al banquero una obligación de discreción respecto de las operaciones y de los negocios que lo vinculan con su clientela. El banquero, al igual que el sacerdote, que el medico, que el abogado, tiene la obligación de guardar el secreto profesional. "¹⁵

2.6. Naturaleza jurídica:

Al respecto se aportan distintas teorías, para los efectos del presente estudio, únicamente se hace relación de la teoría del secreto bancario:

La doctrina ha tratado de fundamentar este instituto, buscando explicar su naturaleza jurídica, esto es, su esencia antológica desde el punto de vista del derecho.

- Para muchos autores el deber de secreto seria contractual y estaría tácitamente pactado en el contrato entre banco y cliente.

¹⁴. Acosta, **Ob. Cit**; pág. 363.

¹⁵. Bauche García, Diego Mario. **Operaciones bancarias**, pág. 156.

- Para otros autores, el secreto bancario ha alcanzado la categoría de uso mercantil y como tal rige los contratos en tanto puede incorporarse a ellos. Se trataría del uso según la Ley, que tiene por función la de integración del contenido de la norma escrita.
- Otra teoría expresa que la obligación de resarcir el daño causado por la revelación del secreto es de naturaleza extracontractual o cuasidelictual.
- Construida una modalidad específica del secreto profesional. El fundamento de esta obligación deba hallarse en las razones y motivos que justifican su existencia respecto de las profesiones en general. Continua manifestando el ilustro maestro citado, no se discute la existencia, en el plan moral, de una obligación al silencio a cargo del depositario de las confidencias ajenas, El derecho, sin embargo, no consagra este deber imperioso de conciencia, si no es en el caso particular en que se trata de hechos confidenciales, conocidos por una persona en el ejercicio o en ocasión de una profesión. La Ley impide entonces formalmente su divulgación, y esta prohibición, que constituye la obligación al secreto profesional, esté acompañada de una sanción penal.

Se trata de un deber inherente a la naturaleza de la actividad bancaria, a la profesión del banquero. Está sobrepuesto el interés que tiene todo cliente en que se guarde silencio respecto a las instituciones bancarias y financieras en general. Es evidente, también, el perjuicio que puede acarrearle la revelación de esas informaciones.

“Esta teoría es la única que explica satisfactoriamente el alcance de esta obligación, que comprende los actos precontractuales se extiende y continúa

aún cuando se hayan extinguido las relaciones entre bancos y cliente.”¹⁶

En tal virtud considero que la naturaleza del secreto bancario es un deber inherente a la naturaleza de la actividad bancaria, a la profesión del banquero. Ya que el cliente tiene el interés que se guarde silencio respecto de los negocios y de las confidencias que hace a las instituciones bancarias y financieras en general, toda vez que el cliente le puede acarrear perjuicios la revelación de esas informaciones, tanto a nivel de fision como patrimonial.

2.7. Definición de banco:

“ Organización comercial, institución bajo la forma de sociedad por acciones, que tienen por objeto la realización de operaciones de crédito.”¹⁷

“Entidad económica financiera cuya actividad se traduce en la organización y regulación de las operaciones de crédito y política crediticia que cumplir por la banca y que proviene, se origina o relacionan con el dinero y títulos que lo representan, lo cual se conceptúa como mercadería.”¹⁸

Semánticamente la palabra banco se deriva de “abacus” que eran los muebles que utilizaban los “argentarii” en Roma para realizar su actividad. En el derecho alemán y en el derecho anglosajón, la palabra “bank” designaba un conjunto de cosas, montón o amontonar, con la que se expresaba la acumulación de fondos de capital de dinero de la existencia, también significa el mostrador, ella o mueble donde se sienten las personas.

La evolución histórica de las operaciones bancarias ha ido cambiando, en nuestro opinión, el significado semántica de la palabra banco: para abarcar una

¹⁶. Acosta, **Ob. Cit**; pág. 150.

¹⁷. Barreno, **Ob. Cit**; pág. 118.

¹⁸. Argeri, **Ob. Cit**; pág. 88.

compensación y un horizonte cada vez más amplio, el concepto de banca y banco en nuestra opinión, es genérico y puede apreciarse desde diversos puntos de vista, como son el jurídico, el económico, el técnico y el monetario.

“ En cuanto a la definición de banco o banquero teniendo en cuenta los dos elementos de su función: deposito y circulación, se puede considerar como el agente intermediario entre la demanda y la oferta del crédito que con el ejercicio del deposito bancario a fin de emplear los capitales recibidos, promueve la circulación bancaria con el propósito de obtener beneficios, constituyéndose de esa manera en deudor hacia la oferta y en acreedor hacia la demanda del crédito.”¹⁹

2.7.1. Definición legal:

En nuestra legislación no existe un concepto de banco, la Ley de Bancos y Grupos Financieros, sólo establece: para efectos de la presente Ley, la denominación “banco”, comprende a los bancos constituidos en el país y a las sucursales de bancos extranjeros establecidas en el mismo. (Artículo 2 Ley de Bancos y Grupos Financieros)

Tomando en cuenta los elementos más importantes de las definiciones anteriores se formula la siguiente definición: Banco es la institución o empresa autorizada por la Ley y que se dedica a la comercialización o intermediación del crédito, otorgando prestamos a quien le falta el capital obteniendo como ganancia un capital adicional que se denomina interés, que en nuestro medio lo impone la Junta Monetaria; para su financiamiento recibe capitales en deposito y de intereses menores a los que esta entidad a sus clientes.

2.8. Diferencia entre banca y banco.

¹⁹. Acosta, **Ob. Cit**; pág. 93.

La banca, " es la organización comercial que tiene por objeto la realización de operaciones de cambio, giro y descuento, otorgamiento de créditos mediante prestamos de valores o dinero, adición de depósitos, apertura de cuentas corrientes, compra y venta de valores, públicos y privados, efectuar pagos, cobros y otras operaciones de créditos por cuenta de terceros, percibidos por ello una comisión." ²⁰

El mismo autor, define la banca como "el comercio que principalmente consiste en operaciones de giro, cambio y descuento, en abrir créditos y llevar cuentas corrientes y en comprar y vender efectos públicos, especialmente en comisión. En realidad, las bancas y casas de banca, formadas por pequeños grupos de personas a veces de la misma familia, que se constituyen en sociedades en comandita, ya sólo tienen un valor puramente histórico; porque las operaciones que ellas se efectuaban, y otras más son realizadas actualmente por los bancos, entidades de carácter oficial o por sociedades anónimas de grandes capitales." ²¹ Y por otro lado el mismo autor, define al banco,"como el establecimiento de crédito constituido en sociedad por acciones y cuyas operaciones pueden encaminarse a diversos fines, recepción en deposito (cuentas corrientes, libretas de ahorro, custodia en cajas fuertes) de dinero u otros bienes muebles de los particulares descuento de documentos: en términos más generales, el banco es una empresa dedicada a recibir capitales ociosos, dándoles una inversión útil al mismo tiempo que facilita las operaciones de pago y negocio con valores." ²²

De acuerdo a lo expuesto podemos mencionar que la diferencia entre banco, es que el primero es la institución encargada de la intermediación del crédito y de las operaciones bancarias, siendo entonces la banca las actividades y operaciones que el banco desarrolla tomadas en conjunto, siempre teniendo presencia que cuando se

²⁰. Garrinquez, Joaquín. **Contratos bancarios**. pág. 93.

²¹. Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 78.

²². **Ibíd.**

refiere a estas, se incluyen aquellas a las cuales una entidad bancaria se encuentra autorizada.

2.9. Constitución, autorización, capital y administrativos de bancos:

Los bancos privados nacionales deberán constituirse en forma de sociedades anónimas, con arreglo a la legislación general de la república y observar lo establecido en la presente Ley.

Los bancos extranjeros podrán:

- Establecer sucursales en la república; y
- Registrar oficinas de representación únicamente para la promoción de negocios y el otorgamiento de financiamiento en el territorio nacional.

Para el efecto, el banco extranjero interesado deberá nombrar a un representante legal, para operar la oficina de representación, que establezca en el país. Dicho representante legal deberá inscribirse en el registro que establezca la Superintendencia de Bancos y remitirle a esta la información periódica u ocasional que le requiera, relativamente a los negocios que tal oficina realice en el territorio nacional.

La Junta Monetaria reglamentaria los requisitos, trámites, procedimientos para el registro de oficinas de representación de bancos extranjeros. (Artículo 6 Ley de Bancos y Grupos Financieros)

El mismo cuerpo legal citado establece: la Junta Monetaria otorgará o

Denegará la autorización para la constitución de bancos. No podrá autorizarse la constitución de un banco sin dictamen previo de la Superintendencia de Bancos. El testimonio de la escritura constitutiva, junto a la certificación de la resolución de la Junta Monetaria, relativa a dicha autorización, se presentará al Registro Mercantil, quien con base en tales documentos procederá sin más trámite a efectuar su inscripción definitiva.

Así mismo, corresponde a la Junta Monetaria otorgar o denegar la autorización para el establecimiento de sucursales de bancos extranjeros. No podrá autorizarse el establecimiento de una sucursal de banco extranjero sin dictamen previo de la Superintendencia de Bancos. Para el efecto se deberá considerar, entre otros aspectos, que en el país del banco matriz exista supervisión de acuerdo con estándares internacionales; que el establecimiento en el país de la sucursal que corresponda y que pueda efectuarse intercambio de información institucional entre los supervisores de ambos países.

Para efectos del dictamen correspondiente la Superintendencia de Bancos deberá asegurarse, mediante las investigaciones que estime conveniente, sobre el cumplimiento de los requisitos siguientes:

- Que el estudio de factibilidad presentado sea amplio y suficiente para fundamentar el establecimiento, operaciones y negocios de la entidad cuya autorización se solicita, estudio que incluirá sus planes estratégicos.
- Que el origen y monto del capital, las bases de financiación, la organización y administración, aseguren razonablemente el ahorro y la inversión.

- Que la solvencia económica, seriedad, honorabilidad y responsabilidad de los socios formadores aseguren un adecuado respaldo financiero y de prestigio para la entidad.
- Que la solvencia económica, seriedad, honorabilidad, responsabilidad, así como los conocimientos y experiencia en la actividad bancaria, bursátil y financiera de los organizadores, los miembros del consejo de administración y los administradores propuestos, aseguren una adecuada gestión de la entidad.
- Que las afiliaciones, asociaciones y estructuras corporativas, a su juicio, no exponga una supervisión efectiva de sus actividades y opresiones por parte de la Superintendencia de Bancos; y
- Que se haya cumplido con los demás trámites, requisitos y procedimientos establecidos por la normativa aplicable.

Los requisitos, trámites y procedimientos para la constitución y autorización de bancos, los establecimientos de sucursales de bancos extranjeros y el registro de oficinas de representación de bancos extranjeros serán reglamentados por la Junta Monetaria.

La Junta Monetaria, en cualquier caso, deberá, sin responsabilidad alguna y previo informe de la Superintendencia de Bancos y observando el debido proceso, revocar la autorización otorgada cuando se compruebe que el o los solicitantes presentaron información falsa.

Si el banco de que se trate fuere inscrito definitivamente en el Registro Mercantil y se comprobare el extremo a que se refiere el párrafo anterior, la Junta

Monetaria deberá, previo informe de la Superintendencia de Bancos, revocar la autorización otorgada y solicitar a dicho Registro que proceda, sin responsabilidad de su parte, a cancelar la inscripción correspondiente. (Artículo 7 Ley de Bancos y Grupos Financieros.)

La solicitud para constituir un banco establecer una sucursal de banco extranjero o registrar una oficina de representación de banco extranjero, deberá presentarse a la Superintendencia de Bancos, indicando la entidad que conforme a esta Ley se requiere constituir, establecer o registrar, acompañando la información y documentación que establezcan los reglamentos respectivos.

La Superintendencia de Bancos, en el caso de bancos y sucursales de bancos extranjeros ordenará a costa de los interesados, la publicación en el diario oficial y en otro de amplia circulación en el país, de las solicitudes de autorización que le presenten, incluyendo los nombres de los organizadores y futuros accionistas, a fin de que quien se considere afectado pueda hacer valer sus derechos ante la autoridad competente.

Las personas jurídicas podrán participar como organizadores y/o accionistas de bancos, siempre que la estructura de propiedad de las mismas permita determinar con precisión la identidad de las personas que sean, propietarias finales de las acciones en una sucesión de personas jurídicas. Para efectos del inciso c) del Artículo 7 de esta Ley, los interesados deberán proporcionar a la Superintendencia de Bancos la nomina de los accionistas individuales que posean más de cinco por ciento del capital pagado de dichas personas jurídicas, así como cualquier otra información que dicha Superintendencia considere necesario obtener. Para efectos del cómputo anterior, se sumaran las acciones del cónyuge los menores de edad.

La Junta Monetaria, a propuesta de la Superintendencia de Bancos, reglamentará los plazos a observar en el trámite de las solicitudes presentadas para constituir un banco, establecer una sucursal de banco extranjero, o registrar una oficina de representación de bancos extranjero. (Artículo 8 Ley de Bancos y Grupos Financieros)

Los bancos y sucursales de banco extranjero, previa autorización de la Superintendencia de Bancos, deberán iniciar operaciones dentro del plazo de seis meses siguientes a la fecha de notificaciones de la autorización para la constitución o para el establecimiento, por parte de la Junta Monetaria, plazo que, ante solicitud razonada podrá ser prorrogada por la Superintendencia de Bancos por una sola vez, hasta por igual plazo.

La falta de inicio de operaciones dentro del plazo establecido hará caducar automáticamente la autorización otorgada, debiendo el Registro Mercantil cancelar la inscripción correspondiente, para cuyo efecto la Superintendencia de Bancos deberá oficiar lo pertinente a dicho registro.

La apertura traslado, clausura de sucursales o agencias de bancos nacionales, así como agencias de sucursales de bancos extranjeros ya establecidos en el país, puede realizarse sin mas tramite que dar aviso a la Superintendencia de Bancos por lo menos con un mes de anticipación. Cuando la entidad este sujeta a un plan de regularización, la apertura, traslado o cierre de sucursales o agencias requerirá la autorización previa de la Superintendencia de Bancos.

2.10. Clasificación de la banca:

En Guatemala, se dispone la clasificación de la banca formando nuestros grupos, estos son:

2.10.1. Bancos comerciales:

“Es un banco con mayor amplitud operativo según el régimen legal, autorizado para abrir cuentas corrientes bancarias y entregar formularios de cheques a sus clientes, son bancos con una amplísima gama operativa que pueden realizarse todas las operaciones activas, pasivas y de servicios que no les sean prohibidos por la Ley o por las normas que los rigen.”²³

Son bancos comerciales los bancos habilitados como bancos comerciales, las instituciones de crédito que reciben depósitos monetarios y depósitos a plazo menor, con objeto de invertir su producto, principalmente en operaciones activas de corto término.

2.10.2. Bancos hipotecarios:

No pueden incluir entre sus operaciones ninguna otra, más que las permitidas con la Ley, ya que se estaría saliendo de su objeto social: su función principal es la de captar capitales, para la inversión en créditos, los que deben ser otorgados mediante bonos hipotecarios o prendarios.

Los bancos habilitados como bancos hipotecarios, son las instituciones de crédito que emiten bonos hipotecarios o prendarios y reciben depósitos de ahorro y de plazo mayor, con el objeto de invertir su producto, principalmente, en operaciones activas de mediano y largo término.

2.10.3. Bancos de capitalización:

Se colocan capitales a interés, destinados a convertirse por el simple incremento y acumulación de los intereses, en suma superiores a las acordadas. El objeto del contrato. “Es el derecho básico que ampara el contrato de capitalización y

²³. Cervantes Ahumada, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito**. pág. 19.

su objetivo desde el punto de vista del suscriptor, es la entrega por parte del banco, del capital forzado por las primas acumuladas, más los intereses devengados por éstas y por los intereses de los intereses.”²⁴

2.10.4. Bancos comerciales e hipotecarios:

Una sola institución bancaria es la encargada de las operaciones tanto comerciales como hipotecarias, siempre y cuando en los registros bancarios aparezca dicha autorización.

“ Las instituciones bancarias estén autorizadas para operar como entidades comerciales e hipotecarios, tiene ciertas ventajas y estas son: a) Fortalecimiento de la función bancaria: la función social de las instituciones de crédito sea fortalecida al dotarles con un nuevo instrumento, que les permite realizar en forma más adecuada su actividad de intermediarios profesionales en el mercado del dinero y del crédito; b) El principio de competencia sana y equilibrada entre las instituciones de crédito, se ve reafirmado al permitir que las instituciones de menor tamaño, reúnen recursos para formar sociedades más grandes y productivas; c) Robustecimiento del desarrollo regional. Este se ve robustecido el funcionamiento de sociedad mediante y pequeñas, propiedades un incremento en el número de bancos que ofrezcan, en el interior del país servicios profesionales; d) Fomento del ahorro interno, la oferta de servicios variados por parte de instituciones de crédito que antes no los proporcionaban, contribuyen a fomentar el ahorro interno del país y a financiar su desarrollo; e) Abatimiento de costos. Los costos de operación de las instituciones de crédito se ven disminuidos al poder reflejar, en un solo balance, las operaciones y resultados del grupo integrado; f) Mejor aprovechamiento y productividad de los recursos humanos. Al orientarlos hacia el conocimiento y asimilación de toda la gama de servicios que ofrece la banca multiplique; g) Optimización integral de los servicios bancarios. La integración de sistemas de trabajo permite una mejor

²⁴. Acosta, **Ob. Cit**; pág. 123.

adaptación de las necesidades y preferencias del público al poder de obtener, en una sola institución, una gama completa de servicios bancarios y financieros. ²⁵

2.11. Sujetos y obligaciones en el secreto bancario:

211.1. Sujeto activo:

Precisar quienes son realmente los sujetos obligados a observar el secreto bancario y viceversa, quien o a quienes hay que exigir su cumplimiento; es un problema complejo, puesto que no existe derecho ni obligación para cumplirse sino hay un ente jurídico para ello.

La obligación del secreto bancario corresponde directamente a quienes desarrollan la actividad bancaria, por lo tanto pareciera que es a un banco el que le sería exigible su cumplimiento.

Aunque aparentemente inicialmente no presenta ninguna problemática, si lo tomamos desde en el punto de vista expuesto anteriormente, en el fondo si la hay, ya que ni la doctrina ni la legislación han precisado adecuadamente el sujeto pasivo de la obligación y que por otra parte tenderemos que determinar si la carga solamente a los directores a funcionarios y empleados o en última instancia sólo afecta al banco o ambos.

Nuestra legislación en la Ley de Bancos Y Grupos Financieros en su Artículo 2 establece: " para efectos de la presente Ley, la denominación " banco" comprende a los bancos constituidos en el país y a las sucursales de bancos extranjeros establecidos en el mismo.

Además surgiría la duda, ¿qué es se entiende por banco en otros países? Tal como sucede en Gran Bretaña existe, por un lado, las grandes casas bancarias

²⁵. *Ibíd*, pág. 50.

(Merchant Bank o Acceptance Houses), los bancos de ultramar (Overseas Bank), los bancos de ahorro (Discount Houses), y cada uno de estos grupos realizan funciones, cualesquiera que sea el nombre que se les de, la forma jurídica que asuman y en general, la actividad que desempeñen.

2. 12. Sujeto pasivo:

2.12.1. Definición de cliente:

Definir este concepto, es importante para determinar las personas que tiene derecho a exigir la observación del secreto bancario y a solicitar la sanción en caso de su violación pues es precisamente en su favor que se crea la norma que nos ocupa.

En lo que respecta a esta, la doctrina no muestra discrepancias, en el sentido de considerar sujeto activo de la obligación de conservar el secreto al llamado cliente del banco. La obligación la tiene la institución y sus funcionarios hacia quien pueda ser considerado su cliente. A pesar de todo se han presentado situaciones polémicas no del todo esclarecidas aún. La jurisprudencia es la que más determinante se ha ocupado de ello, tratando de definir quiénes son los titulares del derecho de exigir reserva.

La jurisprudencia británica quizás la primera que se propuso resolver este punto, sosteniendo que para considerar o constituir a alguien en cliente de un banco debía haber, en las relaciones de aquel con este, un hábito en la realización de negocios bancarios regulares y que una transacción aislada de esa naturaleza o una serie de transacciones aisladas de esa naturaleza o una serie de transacciones no comúnmente asociadas con los negocios bancarios no es suficiente.

Como consecuencia del criterio anterior, uno de los elementos fundamentales tenido en cuenta por la jurisprudencia, para considerar a alguien como cliente ha sido la existencia de una cuenta corriente a su nombre y así, por ejemplo una persona que durante años cambiaba cheques cruzados, por efectivos en un banco donde no tenía cuenta y donde no le cobraban nada por el servicio no considerado cliente por la cámara de los lores.

Si bien la palabra "cliente" indica, aun gramaticalmente, un mínimo de costumbre, antitética con el acto aislado, judicialmente se ha sostenido que la duración no es de la esencia y que la mera intención de entablar un curso de negociaciones es suficiente. Así, se resolvió en un caso de una persona que depositaba un primer cheque, que si bien el no era un cliente hasta ese momento, lo iba a ser si el cheque era cobrado. Posteriormente en 1920 se reelaboro la doctrina expuesta, afirmándose que es cliente una persona cuya única conexión con el banco fue el pago de un solo cheque, caso típico de primera operación, porque la duración de la relación no era esencial para constituir a alguien en cliente y porque la diferenciación no debía buscarse en el contraste entre "habtui" y el recién llegado, si o entre quien recibe del banco un servicio casual, por ejemplo, cobrar un cheque y quien tiene una cuenta propia en el banco.

El cliente de una institución financiera es el que acude a ella para celebrar una determinada operación comprendida, por supuesto, dentro de su objeto social, sin que necesariamente, esta realice. Es decir, basta que la persona solicite realizar una operación, para lo cual se le suministrara una información comercial o autoridad que otro ente le de, para que adquiera la calidad de cliente y correlativamente la institución se ve obligada a mantener en reserva los datos suministrados y operarios a realizar.

CAPÍTULO III

3. Regulación del secreto bancario:

Individualmente las diversas tendencias sobre el servicio bancario no es cosa facial, así tenemos que en muchos casos tendrán puntos de conciencia, más en lo principal pueden diferir. Aquí vemos por ejemplo que mientras para algunas es sólo el uso tradicional el único fundamento, por otro lado tenemos que hay quien hace énfasis en la buena fe que priva dentro del negocio bancario no dándole mayor importancia a los principios consuetudinarios y para que otros el secreto bancario es una necesidad fundamental y de orden general, así también hay quienes opinan que esto sólo les interesa a las partes involucradas en la relación contractual con el banco.

El secreto bancario es uno de los principales deberes que ocurre en las relaciones comerciales perfectas o imperfectas entre los bancos que surgen de las relaciones entre los bancos y sus clientes, que obligan las entidades a guardar silencio, es decir, a no divulgar a revelar aquella información sobre sus clientes y las operaciones que ha realizado o ha estado a punto de realizar con sus clientes. Es importante aclarar que 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, corresponde en efecto a un deber jurídico del banquero, de carácter profesional, consistente en guardar discreción sobre la información que recibe en ejercicio de su actividad, para hacer efectivo el derecho fundamental de los ciudadanos a su intimidad, a la confidencialidad, al respecto de la individualidad de la persona, que protegen las constituciones políticas y que forman parte de los derechos humanos.

Ahora bien, es una realidad innegable que encontraremos tantas definiciones de secreto bancario como autores consultemos, sin embargo y para nuestros efectos, consideramos muy apropiada la definición siguiente, es el poder impuesto a los bancos y demás entidades financieras de no revelar las informaciones que posean de sus clientes y las operaciones y negocios que realicen con ellos. Es una obligación que está implícita en la relación de confianza existente entre el banco y el cliente. Obligación de antigua data y que constituye la esencia de esa relación. Desde tiempos remotos, el banquero, y luego la banca, fue el confidente y consejero de quienes operaban con él.

Se trata de un elemento necesario a la actividad porque es inherente a su naturaleza y al propio interés de la profesión de banquero. Porque para que la actividad bancaria pueda ejercerse correctamente se requieren dos condiciones: en primer lugar, un conocimiento amplio de muchos aspectos íntimos de la vida comercial y de la composición patrimonial de cliente; y en segundo lugar, la seguridad, para éste, de que pueda confiar todos esos aspectos al banquero sin el temor de que sean divulgados.

En cuanto a la naturaleza propiamente dicha del secreto bancario, los autores oscilando entre decir que su origen es contractual, para otros surgen como resultado de un uso o costumbre, un tercer grupo encuentra a sustento del secreto bancario en una relación extracontractual o cuasidelictual referido a los daños que pudieran producirse si se revelara la información brindada por el cliente. Y finalmente, otros autores esgrimen la que consideramos la tesis adecuada, en el sentido de que el secreto bancario se deriva como una manifestación más del secreto profesional.

Para nosotros, el secreto bancario constituye una modalidad específica del secreto profesional. El fundamento de esta obligación debe hallarse en las razones y motivos que justifican su existencia respecto de las profesiones en general

no se discute la existencia, en el plano moral, de una obligación al silencio a cargo de depositario de las confidencias ajenas. El derecho, sin embargo, no consagra este deber imperioso de conciencia, si no es el caso particular en que se trata de hechos confidenciales, conocidos por una persona en el ejercicio o en ocasión de una profesión. La Ley impide entonces formalmente su divulgación, y esta prohibición, que constituye la obligación al secreto profesional, esta acompañada de una sanción penal.

3.1. La buena fe, el uso, el contrato, el secreto profesional:

3.1.1. La buena fe:

La buena fe ha de tomarse como el principio de la celebración, ejecución e interpretación de los contratos por el cual, un contrato no solo obliga a lo pactado expresamente sino a lo que le pertenece en razón de su naturaleza, tales como la Ley, los usos, y la equidad, de tal manera observamos esta exposición “ quien analiza las disposiciones del Código de Comercio Español y en su Artículo 57 y 1558 del Código Civil de la legislación española que establece que conforme a la buena fe y al uso en el contrato bancario se debe de observar el secreto. Así expresa su opinión: el fundamento del deber del secreto que tienen los bancos hay que buscarlo en la naturaleza antes apuntada del contrato bancario como una relación de confianza.”²⁶ El citado autor se inclina por un concepto más amplio es decir la buena fe, en estos términos el secreto bancario es el resultado de aplicar estos principios a las negociaciones bancarias.

No hay duda que el secreto bancario es jurídicamente y generalmente reconocido, fundamento dicha aceptación en la naturaleza y en la importancia económica del servicio bancario y en el carácter eminentemente fiduciario de la actividad bancaria, aun si ninguna disposición de la Ley lo sancione y exprese directamente.

²⁶. Garrinquez, **Ob. Cit**; pág. 52.

3.1.2. El uso:

Una corriente italiana considera que el secreto bancario se torna en obligatorio en virtud del uso universal y tradicionalmente observado por los bancos. En este caso tenemos integrado el uso al contrato, a través del Artículo 1374 del Código Civil Italiano, según el cual establece que el contrato obliga a las partes no sólo en cuanto a lo pactado en él sino también a todas las consecuencias que deriven, según la Ley a falta de ésta, según la equidad.

De esta manera se afirma que el fundamento del secreto bancario está en el uso que se torna obligatorio a través de la integración del contrato, enmarcado también en el Artículo 1374 del Código Civil italiano.

La tesis de la profesionalidad del secreto, considera que es más conveniente replegarse sobre el uso como aquel que a falta de una norma legal, consigue dar una justificación a la obligación del secreto bancario. Pone al uso como fundamento del secreto bancario, puesto que este reposa sobre el uso universalmente aceptado, aceptación que justifica en que es indispensable que sea mantenido y respetado escrupulosamente porque representa un fundamento esencial de la recolección del ahorro y del sistema bancario en su actual estructura.

3.1.3. El contrato:

La reserva bancaria es una de las obligaciones fundamentales que nacen de las relaciones jurídicas en el marco de las operaciones bancarias o dichos de otra manera de los contratos bancarios: ya que estos obligan no solo a lo que expresamente se pacte, sino a todo aquello que pertenecemos a ellos por razón de la Ley, la buena fe o la costumbre. En caso que se pactara en el contrato de manera

expresa tal obligación, estaría fundamentado en el acuerdo de voluntades lo cual sería muy raro, especialmente porque los contratos bancarios son generalmente por adhesión, como por ejemplo el que se suscribe al contratar cajillas de seguridad.²⁷

El mismo autor, reconoce expresamente " que en el contrato está el fundamento de la obligación de secreto, el cual (el contrato), por ser una relación eminentemente fiduciaria, produce en el banco la obligación de mantener el secreto, como inevitable manifestacione."²⁸

3.1.4. El secreto profesional:

El secreto bancario es la particularidad del secreto profesional, establecido en el Artículo 223 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: " Revelación de secretos profesionales " y no por otras normas legales, porque por secreto profesional, en su sentido estricto, no debe entenderse sólo el secreto debido por quienes ejercen una profesión sino más generalmente, inherente al ejercicio profesional de determinada actividad, tal como lo establece dicho Artículo y para lo que preceptúa: " quien, sin justa causa, revelara o emplearé en provecho propio o ajeno un secreto del que no ha enterado por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte. "

Un profesional es aquella persona que frente a la sociedad realiza una determinada actividad particular y que ofrece la prestación de sus servicios al público en general. En el transcurso de esa actividad puede llegar a incumplir deberes jurídicos incurriendo en un marco específico de culpa; la profesión con lleva unos grados diferentes de especialización, técnica, competencia y jerarquía que adiciona con la reglamentación y usos propios de cada una, haciéndola diferente a un simple oficio y por ende no se puede concretar culpa de esta clase, es decir

²⁷. Greco, **Ob. Cit**; pág. 145.

²⁸. **Ibíd.**

profesionalmente. Así mismo tenemos la interrogancia si puede hablarse de secreto profesional respecto a la banca o sólo respecto de los banqueros.

En principio no es posible negar la semejanza que guardan estas dos figuras, partiendo de un concepto idéntico toda vez que exige una revelación a otro que adquiere el deber de mantenerlo en reserva, tienen fundamentos más o menos similares, compartiendo una extensión y límites, aunque difieren en sus datos y en fin, reuniendo una serie de características que hacen que unas veces las dos figuras se pueden identificar o por lo menos confundir, llegando a considerar a un establecimiento bancario y no sólo el banquero, como profesional a pesar que exija una actividad personal.

Por otra parte se hace referencia a que " por razones de sus actividades profesionales, existen personas que conocen hechos, circunstancias, datos o documentos que le confíe la clientela. " ²⁹ Siendo aquí donde se justifica la figura al decir, cuando existen ciertos hechos, datos, documentos, etc., conocidos por una persona en su carácter de profesional y quien por esta razón, no puede revelarlos sin justa causa ya que tiene un deber ético y jurídico que se lo prohíbe. Extendiéndose a todos aquellos datos que son conocidos por el profesional y al causar un perjuicio, el responsable estará sujeto a una indemnización de perjuicios por los daños afectivamente causados y debidamente verificados, la responsabilidad pueden ser secretamente contractual o no entendiéndose que existe o no vinculo preciso que regule las relaciones del profesional, con el cliente.

²⁹. Acosta, **Ob. Cit**; pág. 191.

3.2. La legislación comparada:

3.2.1. En Suiza:

Desde que fue reconocido su neutralidad en 1815 y el haber demostrado el mantenimiento de su estabilidad política y económica, Suiza se ha convertido en el centro de mundial donde muchos capitales de enormes cuantías, encuentran refugio. Esta posición tuvo su mayor énfasis durante la persecución Nazi. Antes que fuera emitida la Ley Federal de Bancos, entre los banqueros se acordó y nació la obligatoria observancia del secreto bancario. La Ley Federal de Bancos en su Artículo 47 establece: " que el funcionario de un banco que viole el deber del silencio, será castigado con multa o prisión : de tal manera que se adiciona al Código Penal Suizo en su Artículo 273 establece " que protege al secreto bancario cuando se quiere divulgar intencionalmente.

3.2.2. En Francia:

El Código Penal Francés en el Artículo 378 establece: Los médicos, cirujanos y otros encargados de la salud, así como los farmacéuticos, las comadronas y todas las restantes personas depositarios por estado o profesión o por funcionarios temporales o permanentes de secretos que se les confía. Los cuales fuera el caso en que la Ley lo obliga o les autoriza a constituirse en denunciante que hayan revelado estos secretos, serán castigados con la pena de prisión por un mes y por una multa de quinientos a tres mil francos.

Es así como tenemos que antes de la emisión de la Ley Bancaria del 2 de diciembre de 1945, la respuesta era negativa, el banquero no estaba incluido en el Artículo 378 del Código Penal; pero a partir de la mocionada Ley se consideró lo contrario y hoy se acepta por tanto, el secreto profesional plenamente protegido y

derivado de la confianza del público de la banca, quedando de esta manera demostrando que en Francia, el secreto bancario está considerado como secreto profesional.

3.2.3. En Italia:

La Ley Bancaria del 7 de marzo de 1938 en su Artículo 10 establece el deber jurídico del siglo, al establecer que todas las noticias o datos resguardados en los bancos, están bajo la tutela del secreto profesional, adicionalmente el Artículo 622 del Código Penal, tipificar como delito la violación del secreto profesional. Estos dos Artículos fundamentos la reserva bancaria, pero no existe una disposición a lo largo de los últimos treinta años, que excluye a los bancos y entidades de créditos de la obligación que se imponga a todos, de declarar bienes poseídos o que mantenía en sus arcas.

3.2.4. En España:

Es uno de los pocos países que si cuenta con una legislación más amplia y regulaciones específicas sobre el secreto bancario, más que todo derivado de disposiciones tributarias. Con la promulgación de la Ley de Reforma Tributaria del 16 de julio de 1947, la Ley 230 del 28 de diciembre de 1963 el Decreto Ley, de abril de 1975 y la Ley de reforma fiscal de noviembre de 1977 han figurado como una de las legislaciones más completas sobre la materia.

3.2.5. En México:

Todas las disposiciones legales referentes al secreto bancario se encuentran contenidas fundamentalmente en la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, del 15 de junio de 1943, la Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito del 31 de diciembre de 1982 y la Ley de la Procuraduría General de la

República de México.

“ La Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares en el Artículo 103 establece: Las instituciones depositarias, se pondrán dar noticias de los depósitos y demás operaciones, sino al depositante, deudor o beneficiario, a que sus representantes legales o a quien tenga poder para disponer de la cuenta o para invertir en la operación; salvo cuando las pidiere la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el depositario sean parte o acusado y las autoridades hacendarias federales, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, lo soliciten para fines fiscales. Los funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables en los términos de la Ley, por violación del secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación de secretos a reparar los daños y perjuicios que causa. El Artículo 39 de la Ley Reglamento del Servicio Público de Banco y Crédito también afirma: el hecho que el, secreto bancario es consubstancial al desempeño de la banca, tanto que ni siquiera una acción gubernativa que saca de la esfera particular sea actividad y la signe monopólicamente el Estado, es suficiente fuerte para derogar el sigilo; este acompaña a la banca, la desempeñe quien la desempeñe.”³⁰

3.2.6. En Panamá:

Este país ha sido considerado un centro financiero con una especial peculiaridad, como es la total discreción de las operaciones de sus clientes, consecuentemente existe una abundancia sobre la reserva bancaria y en especial una regulación muy completa sobre las cuentas cifradas. Dentro del régimen legal del sistema bancario queda establecida la inspección bancaria en el Artículo 65 que establece: “sin embargo para proteger los intereses de los clientes de los bancos y la reserva que sus operaciones merecen, el examen de los inspectores de la comisión no podrá incluir las cuentas de depósitos de la clase que sean, ni valores en

³⁰. García, **Ob. Cit**; pàg. 27.

custodia, ni las cajas de seguridad, ni los documentos derivados de operaciones de crédito que mantengan los clientes con el banco, salvo que medie orden judicial .”³¹

3.2.7. En Argentina:

“Las llamadas normas bancarias uniformes responden a la exigencia de la empresa en sentido de tipificar las operaciones en masa que el, banco cumple, con predeterminación de cláusulas del contrato insertas en esquemas contractuales ya que configurándoos, para evitar una competencia peligrosa entre bancos respecto de las operaciones de depósito, cuenta corriente y demás servicios bancarios. Cabe sostener que el secreto bancario o financiera, desde el punto de vista jurídico, tiene raíz constitucional. En particular, guarda relación con la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de los papeles privados, así como con el principio de que nadie está obligado a declarar contra el mismo. Se reitera que están amparadas por el secreto bancario (Artículo 39 Ley 21.526), las informaciones que los clientes brindados a las entidades financieras con motivo de las operaciones que ellos realicen en el marco de la Ley mencionada (CS. LL. 1930 –D. 576), entres ellos queda acaparada la declaración de bienes efectuada con motivo de la apertura de una cuanta bancaria corriente.”³²

3.3. Límite y extensión del secreto bancario:

Los informes bancarios desde el punto de vista del deber de secreto. Aquí hemos de concluir que la banca es una de las actividades financieros más intervenidas por el Estado, puesto que le indica que puede hacer y que actividades tiene prohibidas, de este mismo modo fija los medios para hacerlo y soporta una vigilancia muy especial por su importancia socio financiera. Dentro de esta regulación especial no se escapa el deber de discreción a que están obligados no sólo un

³¹. Labanca, Jorge. **El secreto bancario**, págs. 29 y 30.

³². **Ibíd.**

banco, sino todas las entidades financieras, el secreto bancario comprende datos específicos que no competen al secreto profesional, tales como el momento del saldo, volumen promedio de las consignaciones y de giros, operaciones realizadas, etcétera, es decir que no se limita tan sólo a lo revelado por el cliente en la parte de negociación o a lo convenido en el contrato mismo, sino que se extiende a informaciones, operaciones y notas que surgen de la misma relación.

3.3.1. Interés público y privado:

El mantenimiento del secreto bancario converge en las garantías constitucionales constituyendo un medio eficaz para la protección de la libertad individual y en la preservación de este derecho existe un interés público, que si lo vemos desde el punto de vista económico, la obligación de secreto reafirma la confianza del público en las instituciones financieras, obteniéndose con ello, un alto volumen de depósitos, negocios y afluencias de capitales, existiendo un alto interés general que hay que proteger.

Dentro de los derechos y garantías a la intimidad constitucional tenemos en nuestra Constitución Política de la República de Guatemala, Capítulo I derechos individuales, el Artículo 24 establece: inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros: la correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables. Solo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales, se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, cablegrafías y otros productos de la tecnología moderna.

Existe un convenio, tanto en la doctrina con en la misma legislación positiva, por mantener la necesidad de proteger el secreto de acciones privadas como un medio de asegurar el más amplio disfrute de los derechos inherentes a la persona humana.

Aquí estaríamos fundamentando el secreto que se asegura a las operaciones bancarias y particularizándola dentro del derecho a la inviolabilidad de la personalidad refiriendo concretamente, al conjunto de actos realizados por la persona con un banco.

3.4. La Ley como fuente del secreto bancario:

Sin lugar a dudas la Ley es la fuente formal del derecho escrito, entendiéndose como la norma jurídica obligatoria, impuesta por los órganos competentes del Estado, esta no sólo comprende las Leyes en sentido estricto derivado del poder legislativo, sino también las normas que emanan del poder reglamentario.

Algunos países incluyen en su legislación el secreto bancario como por ejemplo:

- Suiza.
- Francia.
- Italia.
- España.
- Alemania.
- México.
- Argentina.
- Estados Unidos.
- Chile

En Guatemala, la Ley de Bancos y Grupos Financieros, señala que los directores podrán ejercer su función directoria con absoluta independencia, pero bajo su propia responsabilidad manteniéndose dentro de las normas de Ley, estatutos y reglamentos.

Esta responsabilidad radica primordialmente en la no divulgación de datos e informe confidenciales ni el aprovechamiento de estos informes para fines netamente personales o en perjuicios de terceros. Incurrirán asimismo en responsabilidad los que revelen o divulguen cualquier información confidencial sobre asuntos comunicados al banco o que dentro de el se hubiere tratado, y quienes aprovecharan tal información.

No están comprendidas en el párrafo anterior las informaciones que requieren las autoridades en uso de sus atribuciones legales ni el intercambio corriente de informes confidenciales entre banco o instituciones similares para el exclusivo propósito de proteger las operaciones de cada institución.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, Decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de Mayo de 1985, en su Artículo 24 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 garantizan el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas caligráficas y otros productos de la tecnología moderna.

De igual manera encontramos regulado lo que respecto al sigilo profesional en el Artículo 223 del Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal que establece: Quien sin justa causa, revelare o empleare en provecho propio o ajeno un secreto del que se ha enterado por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, si con ello ocasionare o pudiere ocasionar perjuicio, será sancionado con prisión de seis meses a dos años o multa de cien a un mil quetzales.

CAPÍTULO IV

4. La violación del secreto bancario en la relación a los tarjeta habientes:

Al exigir el deber jurídico de mantener en reserva determinadas informaciones, quien las revela incurrirá en responsabilidad jurídica. La revelación es entonces, dar a conocer un hecho a una o varias personas que no están legitimada para conocer tal información.

La responsabilidad que surge es de diferentes clases, ya que comprende responsabilidad, civiles y penales. A su vez, la primera puede ser contractual o extracontractual, atendiendo a que medie o no una relación jurídica previa y no sólo un contrato.

La legitimación activa se encontrará en el lesionado que será la sociedad en caso de una responsabilidad penal, fuera de la parte civil.

4.1. Fines y funciones del secreto bancario:

los fines del secreto bancario, son: “ a) resguardar al respecto y la protección de las cuestiones privadas, en función de la confianza que las personas tengan con el banquero, para proporcionarle algunos datos que consideran sólo son dados a conocer a su banquero fundamentales en que descansa el secreto bancario; b) permite la estabilidad de los sistemas bancarios, es decir, al haber confianza entre el público, éste proporcionará todos los datos e informes necesarios y en consecuencia con los bancos, bajo el entendimiento de que éstos no proporcionarán informes, ni harán públicos esos datos, en muchos casos ni siquiera a las autoridades. Esta confianza genera que el sistema bancario puede captar un mayor volumen de recursos, pues no existiendo, confianza el público tenderá a sacar sus depósitos y a enviarlos al extranjero; c) Ha sido utilizado como un medio eficaz para atraer

capitales y de esa manera fortalecer la economía de cada país y como parte de la estrategia de política monetaria, dirigida fundamentalmente, a dar garantías a los depósitos bancarios; d) Forma parte del sistema de capacitación de ahorro externo, de un determinado sistema bancario.”³³

4.2. Cuales son las consecuencias jurídicas de la violación del secreto bancario:

Las consecuencias jurídicas de la violación del secreto bancario son:

4.2.1. Civiles:

Se plantea si surge aquí una diferenciación, si se unirá a la persona jurídica, dígame banco, o corporación financiera, etcétera, o si se busca deducir la responsabilidad del director, funcionario o empleado de dichos entes. La responsabilidad por el hecho propio hace que tanto la persona física como la jurídica respondan, porque intervienen directamente y porque, de acuerdo con las nuevas doctrinas, exista una función total entre la persona jurídica y el agente que otra.

Si existe entonces una violación al secreto bancario, que no se ha pactado expresamente en un contra, podría surgir una responsabilidad extracontractual en la que operando la solidaridad, el lesionado puede demandar tanto al ente financiero como al funcionario. Si la primera paga, puede repetir contra el segundo. Si se acepta expresamente o se entiende como una obligación implícita derivada del contrato, se demanda al contratante incumplidor que es el banco. Se decidió así la responsabilidad derivada por el hecho ajeno, considerándose que en caso de surgir la obligación de reparar el daño causado, la directa obligada es la persona jurídica, sin perjuicio del derecho de repetición.

³³. Acosta, **Ob. Cit**; pág. 58

4.2.2. Penales:

Aplicable a la persona física que incurrió en la violación, por ser la responsabilidad penal eminentemente personal. De este modo, quien se sienta lesionado, puede acudir a la jurisdicción penal, en primer lugar, formulando denuncia y en segundo lugar, constituirse en parte civil para obtener una adecuada reparación de los perjuicios causados. En países como Suiza, la violación acarrea sanción económica o la prisión por un periodo no superior a los seis meses. Líbano condena la violación internacional del secreto bancario con pena de tres meses a un año. Alemania también lo sanciona con prisión hasta de un año. Donde no se ha legislado específicamente sobre el sigilo bancario, se aplica lo inherente a las normas represivas de la violación del secreto profesional.

4.3. El secreto bancario en el ámbito penal:

“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.”³⁴

En nuestro Código Penal, el Artículo 355 establece que: 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 si mismo o para un tercero y será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de doscientos a dos mil quetzales. Este Artículo establece en forma general los delitos cometidos contra la industria y comercio, y como ya quedo desarrollado en este trabajo, el derecho bancario es parte integrante del derecho mercantil, pero aún así no existe tipificación alguna sobre el delito de revelación del secreto bancario,

³⁴. Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. pág. 180.

como delito propiamente dicho, teniendo que acudir a este Artículo para su calificación.

4.4. El secreto bancario en el ámbito civil:

Los daños y perjuicios que se ocasionan a los depositarios o cuentahabientes, por los funcionarios y empleados bancarios, con motivo de la violación de los contratos u obligaciones bancarias, en los que se establecen las operaciones y que, en consecuencia, pudieran ser: violación de contratos, o responsabilidad por actos ilícitos civiles, que se tradujeran en el consecuente pago de daños y perjuicios; pero siempre y cuando se hubieren ocasionado con motivo de la revelación indebida de esos datos o informes.

En nuestro derecho civil, están las disposiciones referentes a los daños y perjuicios derivados de hechos y actos ilícitos, tal y como se encuentran estipulado el Artículo 1645 del Código Civil Decreto 106 establece: que 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 es producto por culpa o negligencia de la víctima.

Así mismo el responsable de un delito doloso o culposo, está obligado a reparar a la víctima de los daños o perjuicios que le haya causado, esta es la forma en que lo establece el Artículo 1646 del Código Civil Decreto Ley 106.

Al referirse nuestra legislación civil, a las obligaciones que proceden de hechos y actos ilícitos, cuando han sido exentos de responsabilidad penal, ya que esta sucesión no libera la responsabilidad civil, así como lo contempla el Artículo 1647 del Código Civil Decreto Ley 106.

Cuando son empleados bancarios los que cometen una acción que ocasione perjuicios a un civilmente, es aplicable el Artículo 1663 del Código Civil Decreto 106 que establece: los patronos y los dueños de los establecimientos mercantiles o industriales por ser esta la clase de entidad que estoy y en general, las personas que tienen a otras bajo su dependencia, responden por los daños o perjuicios que causen sus empleados y demás trabajadores en actos del servicio.

Aspecto que es reforzado por el Artículo 1664 del Código Civil Decreto 106 que establece. Las personas jurídicas son responsables de los daños o perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones.

Respecto a las personas jurídicas el Artículo 1668 del Código Civil Decreto 106 del responsable por los daños y perjuicios que cause por ignorancia o negligencia inexclusive, o por divulgación de los secretos que conoce con motivo de su profesión y siendo entonces que el banquero es un profesional de la actividad bancaria, les aplicable directamente este precepto legal.

4.5. Elementos del secreto bancario:

En función de que por razón de la profesión, de su actividad, o de la autorización con que cuentan las entidades bancarias, autorización otorgada por las autoridades estatales, para actuar en el mercado bancario, de este tipo de agentes pueden llegar a conocer mucho de los datos que son proporcionados a las instituciones, y resulta que también es parte del secreto profesional, ya que adquieren conocimiento en virtud de su actividad; pero además, al actuar como comisionistas lo están haciendo a nombre y por cuenta de otro, realizando mandatos aplicados actos concretos de comercio, obligando a las instituciones, y si actúa a nombre y por cuenta de ellas, el comisionista estará obligado en ese aspecto, a guardar el secreto bancario.

Están obligados a guardar el secreto, todos los administradores, funcionarios, empleados y trabajadores de las instituciones, ya que debido a que tienen esos cargos, conocen los datos, documentos e informes que constituyen el secreto bancario.

Los administradores pueden ser desde miembros del consejo directivo, directores generales, consejeros delegados, gerentes, gerentes regionales, jefes de agencias, empleados de caja, secretarías, bodegueros, inclusive los guardias de seguridad de las instituciones bancarias, y demás empleados y trabajadores, de acuerdo también, con la obligación que les impone la Ley a que ya hicimos referencia con anterioridad.

Las responsabilidades en que pueden incurrir por la violación, ya que se indico que son civiles o penales o administrativas.

4.6. Excepciones del secreto bancario.

“Dentro de la actividad bancaria, hay personas y entidades de control que se encuentran facultadas dentro de nuestro ordenamiento legal, para obtener informaciones bancarias, ya sea a título personal, y de terceras personas, a estas facultades las he denominado excepciones al secreto bancario, entre estas excepciones se enumeran.”³⁵

4.6.1. Organismos de supervisión:

En primer término, la obligación de secreto no existe frente al organismo de supervisión del sistema financiero, sus funcionarios y empleados. De esa forma, estos no podrán cumplir las tareas de fiscalización y control de las entidades que tienen encomendadas.

³⁵. *Ibíd*, pág. 150

4.6.2. Mandatarios y apoderados del cliente:

Esta obligación no tiene sentido frente al propio cliente, y, por la misma razón, frente a sus mandatarios o apoderados. Se admite que es necesario incluir en este grupo de personas a los 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.

4.6.3. Situación del cónyuge del cliente:

Especial consideración ha merecido a la doctrina el caso del cónyuge del cliente. Se distinguen las situaciones según el régimen matrimonial a que están sometidos los esposos. Cuando se esta frente a una comunidad de gananciales, se ha entendido que no puede haber secreto entre cónyuges en razón de la misma comunidad de intereses. Distinto, en si los cónyuges se han casado bajo un régimen de separación absoluta de bienes, o si han llegado a una división de bienes con posterioridad, pues en tales casos la independencia de patrimonios obliga a considerar con referencia a cada uno de ellos, la obligación del secreto bancario.

En materia de cuentas corriente bancaria será de la mayor importancia la consideración de los siguientes elementos para resolver si el cónyuge debe o no tener acceso a la información que surge de la cuenta.

Si la cuenta es personal o a orden conjunta o recíproca; si el cliente al vincularse informe al banco sobre su estado civil de casado y el nombre y apellido del cónyuge.

Creemos que en estas situaciones el banco puede dar información al cónyuge y que no será posible suministrarla en otros casos, debe meritarse también la naturaleza de los bienes que integran el patrimonio del cliente casado, es decir, si son

propios o gananciales, siendo indiscutible el derecho del cónyuge a obtener información en el caso de que los bienes sean gananciales, nuestro Código Civil regula los regímenes económicos del matrimonio, y consecuentemente que tienen efectos tanto dentro del matrimonio como al modificarse o disolverse el mismo, partiendo del régimen económico adoptado en el inicio de la vida matrimonial o como consecuencia de la unión de hecho que legalmente esté establecida.

4.6.4. Los sucesores a título universal:

Con igual criterio se ha señalado que no puede haber secreto respecto de los sucesores a título universal, ya que son continuadores de la personalidad del causante y quienes reciben, íntegramente o en cuotas, el patrimonio del fallecido.

4.6.5. Los Sucesores a título particular:

Respecto de los sucesores a título particular rige la regla opuesta, salvo casos especiales, como la quiebra o concurso del cliente. 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.

4.6.6. 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.

El caso más común es cuando el banco persigue judicialmente el cobro de un crédito contra el cliente. Es indudable que tiene derecho a presentar los documentos,

contratos, suscritos por este. Con igual criterio se debe analizar el caso cuando la entidad persigue el cobro extrajudicial. Esta ejerciendo un derecho, y mientras los actos pendientes a obtener su reconocimiento no excedan los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres; o no sean irrazonables, excesivos o extravagantes y configuren un ejercicio abusivo, nadie podrá reprocharle nada. Igual conclusión se impone cuando el banco es demandado por su cliente.

4.6.7. Colegas del banquero:

Especial consideración merece el caso de los “colegas” del banquero. Es decir, cuando otras entidades financieras piden informes sobre un cliente. El banquero se enfrenta al conflicto de dos deberes, el del secreto por una parte y el de auxiliar a sus colegas por la otra. La discreción que debe existir entre las entidades deber ser la máxima, a fin de evitar consecuencias por la información que se suministre. En cada caso, habrá de estarse a la legislación respectiva, en nuestro país esta excepción se encuentra regulada en el Artículo 19 párrafo último de la Ley de Bancos y Grupos Financieros Decreto 19-2002.

4.6.8. Administración pública:

También cabe analizar aquí la subsistencia o no de esta obligación de las entidades frente a la administración pública, y en especial frente a los organismos recaudadores de impuestos. Dado el carácter y finalidad del secreto bancario, la doctrina ha interpretado con la mayor estrictez la excepción. Si la administración publica o sus organismos no están expresamente facultados por Ley para requerir esa información, las entidades no deben suministrarlas.

4.6.9. Administración de justicia:

Finalmente, cabe analizar la subsistencia de este deber frente a la administración de justicia. Es decir, cuando jueces o funcionarios judiciales piden informes a la entidad sobre algunos de sus clientes. La interpretación predominante es aquí también restrictiva, exonerándose de la obligación de guardar secreto solo frente al pedido de un juez en causa judicial en que el cliente sea parte interesada.

En la Ley Orgánica del Banco de Guatemala Decreto 16-2002, en su Artículo 49, se establece la confidencialidad de las informaciones de particulares obtenidas por la Superintendencia de Bancos, en el ejercicio de sus funciones, por considerarse datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia. Hace la salvedad en el caso que exista una orden de juez competente.

En la legislación guatemalteca, encontramos que en las distintas ramas del Derecho, específicamente en el ámbito procesal, los titulares de las judicaturas se encuentran facultados para obtener información bancaria, y al efecto las cito, separándolos por materia de aplicación legal:

4.6.10. En el derecho procesal civil y mercantil:

En el Artículo 183 del Código Procesal Civil y Mercantil Decreto 107, se 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.

4.6.11. En el derecho procesal penal:

Existen dos disposiciones al respecto en el Código Procesal Penal Decreto 51-92, una de carácter general contempladas en el Artículo 245, que regula: Los tribunales y el Ministerio Público podrán requerir informes sobre datos que consten en registros llevados conforme a la Ley. Los informes se solicitarán indicando el procedimiento en el cual son requeridos, el nombre del imputado, el lugar donde debe ser entregado el informe, el plazo para su presentación y las consecuencias previstas por el incumplimiento del que debe informar. Y la otra de carácter más especial, regulada en el Artículo 319 del mismo cuerpo legal, en donde el Ministerio Público puede exigir informaciones de cualquier funcionario o empleado público, emplazándolos conforme a las circunstancias y estarán obligados a satisfacer el requerimiento o comisión. Para solicitar informaciones de personas individuales o jurídicas el Ministerio Público deberá solicitar autorización de juez competente. Para los efectos del presente trabajo de tesis, esta norma legal es la aplicable en virtud de que los bancos son personas jurídicas, razón por la cual se encuentra un fundamento legal para la existencia del secreto bancario, y que la información puede solicitarse a los bancos del sistema, siempre y cuando el juez competente lo haya autorizado al fiscal que realiza la investigación en determinado asunto.

4.6.12. En el derecho procesal laboral:

En el Código de Trabajo Decreto 1441, se establece que supletoriamente, en cuanto no contraríen el texto y los principios procesales de dicho cuerpo legal, se aplicaran las disposiciones contempladas en el Código Procesal Civil y Mercantil Decreto 107, manifestando así que hay que recurrir al Artículo 183 del mencionado Código, a efectos de recabar información bancaria, que generalmente se solicita para verificar y establecer la situación económica del demandado, parte patronal en la mayoría de los casos y que ha sido omiso para con el trabajador en el pago de

las prestaciones laborales que al mismo correspondan; asimismo se recaban informaciones a los bancos del sistema nacional de parte de las comisiones paritarias del salario mínimo para la fijación periódica del salario mínimo en Guatemala al tenor de los Artículos 111, 112, 113, 114 de Código de Trabajo Decreto 1441.

4.6.13. Los informes interbancarios o informes comerciales:

Referente a este punto, el tratadista guatemalteco, afirma que debe hacerse una “especial consideración merece el caso de los “colegas” del banquero. Es decir, cuando otras entidades financieras piden informes sobre un cliente. El banquero se enfrenta al conflicto de dos deberes, el del secreto por una parte y el de auxiliar a sus colegas por la otra. La discreción que debe existir entre las entidades debe ser la máxima, a fin de evitar consecuencias por la información que se suministre. En cada caso, habrá de estarse a la legislación respectiva.”³⁶

Dentro de la actividad desarrollada por las instituciones bancarias, es necesario el apoyo interinstitucional, a efecto de efectuar con mayor eficacia su labor, es por eso que en el texto de la Ley de Bancos, en su Artículo 19 párrafo último, establece como una excepción mas los informes que entre instituciones bancarias deben rendirse, atendiendo lo que textualmente establece el párrafo referido:...No están comprendidas en el párrafo anterior las informaciones que requieran las autoridades en uso de sus atribuciones legales ni el intercambio corriente de informes confidencial entre banco o instituciones similares para el exclusivo propósito de proteger las operaciones de crédito en general.

³⁶. *Ibíd*, pág. 123.

4.7. Sanciones a la violación del secreto bancario:

La obligación de guardar el secreto bancario es uno de los deberes de parte del banquero, dicha obligación es fuente generadora de responsabilidad para la entidad y para las personas físicas autorías de la infidencia. Esta responsabilidad judicialmente puede ser de tres clases: penal, civil y administrativa; sin embargo, en la practica las entidades que descubren dicha violación inicialmente imponen una sanción de índole bancaria que podría encuadrar dentro de las responsabilidades administrativas, pero, en el ámbito privado puramente estructural interno.

4.7.1. Sanciones penales:

Sobre esta clase de responsabilidades, dado que los bancos son entes colectivos, su voluntad es expresada por las personas físicas que los gobiernan y representan. Solo esas personas (directores, administradores, consejeros) y los funcionarios y empleados de que se sirve, pueden ser sujetos activos del delito de violación del secreto profesional. Ello sin perjuicio de la responsabilidad civil y administrativa de la entidad.

Las figuras penales que describen este delito, en los códigos o Leyes especiales, lo tipifican de diverso modo. En algunas legislaciones se requiere que la infidencia haya causado un perjuicio, en otras es suficiente la posibilidad de que el perjuicio exista. En todas se prevé como eximente la justa causa.

En el Código Penal argentino Artículo 156, se pena a quien revelare sin esta causa el secreto cuya divulgación pueda causar daño. Es decir que la acción constitutiva del delito consiste en revelar, no siendo necesaria la divulgación; es dar a conocer el secreto, aunque sea a una sola persona. Ello puede realizarse tanto por acción como por omisión, dejando que alguien no autorizado adquiera conocimiento del secreto. Dado que se trata de una obligación profesional, no es

necesario que subsista la calidad de director, funcionario o empleado de un banco en el sujeto activo al momento de efectuar la revelación, ya que bien pudo haber perdido esa calidad en virtud de la cual tuvo acceso al secreto.

En el Decreto 17-73 Código Penal guatemalteco Artículo 223, regula la revelación de secreto profesional. Quien sin justa causa, revelare o empleare en provecho propio o ajeno un secreto del que se ha enterado por razón de sus estado, oficio, empleo, presión o arte, sin que ello ocasionare o pudiere ocasionar perjuicio, será sancionado con prisión de seis meses a dos años o multa de cien a un mil quetzales.

Tomando en cuenta que el banquero se le ha dado la calidad de profesional, entonces le es aplicable, ya que también el empleado que presta sus servicios en las entidades bancarias, es responsable de dicho delito,

Toda vez que por razón de su empleo se ha enterado de datos contables de su cliente, para poder aprovecharlo en beneficio propio o de terceras personas.

4.7.2. Sanciones civiles:

Como ya se menciona, las sanciones son derivadas de la violación al secreto bancario, las que a su vez son producto de la responsabilidad que pesa sobre toda institución bancaria, director, consejero administrador, funcionarios y empleados bancarios, que por mínima que sea la revelación que se haga, en cuanto a los datos de los tarjeta habientes al utilizar este servicio.

“Se violaba un perjuicio moral o patrimonial, al cliente o sus causahabientes, la entidad es responsable por el daño causado. Responde tanto si la infidencia fue por uno de sus representantes, como si lo fue por un funcionario o empleado, tanto si hubo dolo (intención de revelar el secreto) como si medio solo culpa.”³⁷

También responde el banco si la infidencia ha sido obra de un tercero ajeno a la entidad (otro cliente, por ejemplo), a quien se le permitió sin causa el acceso al secreto.

En el derecho argentino la responsabilidad civil de los bancos tiene fundamento en los Artículos 1068 y 1109 del Código Civil. En cuanto a la responsabilidad por el hecho de los empleados en el Artículo 1113 y en cuanto a la reparación del daño moral, en el Artículo 1078 del mismo cuerpo legal citado.

Debe repararse no sólo el perjuicio patrimonial del causado, sino también el daño moral, entendiéndose por tal la lesión en el sentimiento que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual, o agravio de las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria. En nuestro país se encuentra regulado en el Artículo 1645 del Código Civil guatemalteco Decreto Ley 106, lo referente a los daños y perjuicios derivados de hechos y actos ilícitos, que toda persona que cusan daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, esta obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio que se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Así mismo el responsable de un delito doloso o culposo esta obligado a reparar a la victima de los daños o perjuicios que le haya causado, esta es la forma en que lo establece el Artículo 1646 del Código Civil Decreto Ley 106.

³⁷. *Ibíd*, pág.166.

Al referirse nuestro derecho civil a las obligaciones que proceden de hechos y actos ilícitos, cuando han sido exentos de responsabilidad penal, ya que esta excepción no libera la responsabilidad civil, así, es como lo contempla el Artículo 1647 del Código Civil Decreto Ley 106. Cuando son empleados bancarios los que cometen una acción que ocasione perjuicio a un cliente, es aplicable el Artículo 1663 del Código Civil Decreto Ley 106, que establece que son los patronos y los dueños de los establecimientos mercantiles o industriales por ser esta la clase de entidad que estoy trabajando, responder por los daños o perjuicios que causen sus empleados y demás trabajadores en actos del servicio. Aspecto que es reforzado por el Artículo 1654 del Código Civil que establece: Las personas jurídicas son responsables de los daños o perjuicios que causan sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones.

Respecto a las personas jurídicas el Artículo 1668 del Código Civil, hace mención que el profesional es responsable por los daños o perjuicios que cause por ignorancia o negligencia inexcusable, o por divulgación de los secretos que conocen con motivos de su profesión. Y siendo entonces que el banquero es un profesional de la actividad bancaria, le es aplicable directamente este precepto legal.

Son responsables civilmente de cualquier daño y perjuicio que se ocasione a tercera persona ya sea derivada de una acción dolosa o culposa, responden tanto los patronos, dueños, como representantes legales, en forma conjunta con el responsable directo de la violación del secreto bancario.

4.7.3. Sanciones 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.

La violación de la obligación del secreto es una gravísima transgresión que debe ser sancionada por el órgano encargado de la supervisión de la actividad bancaria.

En Guatemala, se aplican las sanciones establecidas por la Ley de Bancos y Grupos Financieros y la Constitución Política de la República.

El fundamento del secreto bancario se encuentra en la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 24, el cual establece: 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, caligráficas y otros productos de la tecnología moderna.

Los libros, documentos y archivos, que se relacionan con el pago de los impuestos, tasas, arbitrios o 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 ordena la Ley. Los documentos o información obtenidos con violación de este Artículo no producen fe ni hacen prueba en juicio.

Referente a este Artículo, es aplicable porque la Junta Monetaria y la Superintendencia de Bancos son los órganos fiscalizadores de las entidades bancarias, personas jurídicas en el Artículo relacionado y en caso de divulgación de

la información contenida se puede proceder penalmente por ese acto que es constitutivo de los delitos, que se están regulados en el Decreto 17-73 Código Penal en los Artículos 223 y 355 que son revelación del secreto profesional e infidelidad.

El Artículo 30 de la Constitución Política de la república de Guatemala establece: Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.

En nuestro medio la confidencia se ha tomado, como un sinónimo de “ secreto” , por lo que es un fundamento respecto al secreto bancario, siempre atendiendo a que tanto la Junta Monetaria como la Superintendencia de Bancos, son las instituciones que pertenecen al aparato estatal.

4.8. Sanciones bancarias:

Como ya quedo manifestado anteriormente la obligación de guardar el secreto bancario es una de los deberes de parte del banquero, dicha obligación es fuente generadora de responsabilidad para la identidad y para las personas físicas autoras de la infidencia. Cuando la violación proviene de los empleados de la institución bancaria, ésta tiene el derecho de deducir responsabilidad sobre quienes resulten responsables, una de las formas de hacerlo en materia laboral, toda vez que según nuestra legislación es una de las causas de despido justificado y el efecto se encuentra regulado en el Código de Trabajo. Además de las contenidas en otros Artículos de este Código, en sus reglamentos y en las Leyes de previsión social, son obligaciones de los trabajadores: el Artículo 63 establece en su inciso g) Guardar los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente con tanta más fidelidad cuando más alto sea el

cargo del trabajador o la responsabilidad que tenga guardarlos por razón de la ocupación que desempeña, así como los asuntos administrativos reservados cuya divulgación pueda causar perjuicio a la empresa. El Artículo 77 en su inciso d) establece: Cuando el trabajador cometa algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio del patrono de algunos de sus compañeros de trabajo o en perjuicio de un tercero en el interior del establecimiento. Asimismo cuando causa intencionalmente, por descuido o negligencia daño material en las maquinas, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados, en forma inmediata o indudable con el trabajo. Y en forma inmediata el Artículo 77 inciso e) establece: cuando el trabajador revele los secretos que alude el inciso g) del Artículo 63 del mismo cuerpo legal citado.

4.9. Los bancos sus operaciones y servicios:

Los bancos autorizados conforme a Ley de Bancos y grupos financieros, podrán efectuar las operaciones en moneda de nacional o extranjera y prestar los servicios siguientes:

4.9.1. Operaciones pasivas:

- Recibir depósitos monetarios.
- Recibir depósitos a plazos.
- Recibir depósitos de ahorro.
- Crear y negociar bonos y / o pagares, previa autorización de la Junta Monetaria
- Obtener financiamiento del Banco de Guatemala, conforme la Ley Orgánica de éste.

- Obtener créditos de bancos nacionales y extranjeros.
- Crear y negociar obligaciones subordinadas.
- Realizar operaciones de reporto como reportado.

4.9.2. Operaciones activas:

- Otorgar créditos.
- Realizar descuentos de documentos.
- Otorgar financiamiento en operaciones de cartas de crédito.
- Conceder anticipos para exportación.
- Emitir y operar tarjetas de crédito.
- Realizar arrendamiento financiero.
- Realizar factoraje.
- 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.
- Adquirir y conservar la propiedad de bienes inmuebles, siempre que sean para su uso.

- Constituir depósitos en otros bancos del país y en bancos extranjeros.
- Realizar operaciones de reporto como reportado

4.9.3. Operaciones de confianza:

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

4.9.4. Pasivos contingentes:

- Otorgar garantías.
- Prestar vales.
- Otorgar fianzas.
- Emitir o confirmar cartas de créditos

4.9.5. Servicios:

- Actuar como fiduciario.
- Comprar y vender moneda extranjera, tanto en efectivo como en documentos.
- Apertura de cartas de crédito.

- Efectuar operaciones de cobranza.
- Realizar transferencia de fondos.
- 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 que no estén contemplados en esta Ley, siempre y cuando los mismos sean compatibles con su naturaleza.

4.9.6 Tasas de interés, comisiones y recargos:

Los bancos autorizados conforme a esta Ley pactaran libremente con los usuarios las tasas de interés, comisiones y demás cargos que apliquen en sus operaciones y servicios. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios que no correspondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos.

En todos los contratos de índole financiera que los bancos suscriban, deberán hacer constar, en forma expresa, la tasa efectiva anual equivalente, así como los cambios que se dieren a esta.

4.9.7. Horario de operaciones y servicios con el público:

Los bancos deberán realizar sus operaciones y prestar sus servicios al público en el horario que haya determinado. Los establecidos y los cambios que se efectúen deberán comunicarse a la Superintendencia de Bancos por lo menos con cinco días de anticipación a la entrada en vigencia de los mismos.

Toda interrupción o suspensión general de operaciones y prestación de servicios de un banco solo podrá ser realizada previa comunicación al público y autorización de la Superintendencia de Bancos.

4.9.8. Proporciones globales en moneda extranjera:

Los bancos deberán mantener proporciones globales entre sus operaciones activas y pasivas en moneda extranjera, de conformidad con las disposiciones que emita la Junta Monetaria.

4.10. Prohibiciones y limitaciones a los bancos:

A los bancos les esta prohibido:

- Realizar operaciones que impliquen financiamiento para fines de especulación, en consonancia con lo dispuesto en el Artículo 342 Código Penal Decreto 17-73.
- Conceder financiamiento para pagar, directa o indirectamente, total o parcialmente, la suscripción de las acciones del propio banco, de otro banco o en su caso de las empresas que conforman su grupo financiero.
- Admitir en garantía o adquirir sus propias acciones.
- Adquirir o conservar la propiedad de bienes inmuebles o muebles que no sean necesarios para el uso de la entidad excepto cuando les sean adjudicados activos extraordinarios o aquellos que se destinen a operaciones de arrendamiento financiero, de conformidad con la Ley.
- Transferir por cualquier título, los bienes, créditos o valores de la misma entidad a sus accionistas, directores funcionarios y empleados, así como a las personas

individuales o jurídicas vinculadas a dichas personas. Se exceptúan únicamente los bonos y títulos valores emitidos por la propia entidad cuando sean adquiridos en las mismas condiciones ofrecidas al público y las acciones cuando sean compradas en las mismas condiciones que se otorgan a otros accionistas.

- Empezar actividades comerciales, agrícolas, industriales y mineras u otras que no sean compatibles con su naturaleza bancaria, y participar en cualquier forma, directa o indirectamente, en empresas que se dediquen a tales actividades.
- Simular operaciones financieras y de prestación de servicios.
- Realizar otras operaciones y prestar servicios financieros que la Junta Monetaria considere incompatibles con el negocio bancario.

4.10.1. A empresas del grupo financiero:

A las empresas del grupo financiero les esta prohibido:

- Otorgar financiamiento directo o indirecto para la adquisición de acciones representativas de su capital, de la empresa controladora, de la empresa responsable o de cualquier otra empresa financiera del grupo al que pertenezca.
- Efectuar operaciones financieras o de prestación de servicios entre si, en condiciones de plazo, tasas, montos, garantías y comisiones diferentes a las que utilicen en operaciones similares con terceros.
- La Junta Monetaria reglamentará las operaciones que podrán efectuar dichas entidades entre si.

- Realizar operaciones y prestar servicios financieros que la Junta Monetaria considere incompatibles con el negocio financiero.

4.10.2. Limitaciones:

Concentración de inversiones y contingencias:

Los bancos y las sociedades financieras con excepción de las operaciones financieras que puedan realizar, sin limitación alguna, con el Banco de Guatemala y con el Ministerio de Finanzas Públicas, no podrán efectuar operaciones que impliquen financiamiento directo o indirecto de cualquier naturaleza, sin importar la forma jurídica que adopten, tales como, pero no circunscrito a, bonos, pagares obligaciones y/o créditos, ni otorgar garantías o avales, que en conjunto excedan los porcentajes siguientes:

- Quince por ciento (15%) del patrimonio computable e una sola persona individual o jurídica, de carácter privado; o a una sola empresa o entidad del Estado o autónoma
- Treinta por ciento (30%) del patrimonio computable a dos o más personas relacionadas entre si o vinculadas que formen parte de una unidad de riesgo

Para los efectos de lo dispuesto en la presente Ley se establecen las definiciones siguientes:

- Personas relacionadas: Son dos o mas personas individuales o jurídicas independientes a la institución bancaria que les concede el financiamiento, pero que mantienen una relación directa o indirecta entre sí, por relaciones de propiedad, de administración o de cualquier otra índole que defina la Junta Monetaria.

- Persona vinculada: son las personas individuales o jurídicas, relacionadas directa o indirectamente con la institución bancaria, que concede el financiamiento, por relaciones de propiedad, de administración o cualquier otra índole que defina la Junta Monetaria.
- Unidad de riesgo: la constituyen dos o más personas relacionadas o vinculadas que reciban y/o mantengan financiamiento de un banco

La Superintendencia de Bancos presumirá la existencia de unidades de riesgo con base en criterios que incluyan razones de propiedad, administración, estrategias de negocios conjuntas y otros elementos debidamente fundados por la Superintendencia de Bancos.

Lo establecido en el presente Artículo será reglamentado por la Junta Monetaria.

4.11. Violación del secreto en relación a los tarjeta habientes.

Las personas físicas cuyas conductas se atribuyen a dichas instituciones deben guardar el secreto en cuestión no sólo frente a terceros, sino que también frente a otros empleados, funcionarios o agentes de la propia institución no involucrados directamente con la relación de que se trate, para no poner en riesgo la seguridad del tarjeta habiente, ya que existen sitios en el internet en donde se puede obtener información de la dirección de su residencia, el número de tarjeta de crédito que posee, etc.

Otra vía de obtención, “en España, un país desarrollado, los datos procedían de los resguardos que los clientes de establecimientos comerciales que éstos dejaban abandonados tras efectuar el cargo con su tarjeta. Éstos eran robados para aprovechar sus datos. La falsificación se basaba en una imprenta

portátil, un lector y una máquina borradora-grabadora de bandas magnéticas. Con este instrumental, que les había costado tres millones de pesetas, a los estafadores se les abría un mundo de posibilidades. Por ejemplo, podían crear una tarjeta totalmente nueva a partir de una auténtica o de un simple trozo de plástico. También eran capaces de alterar a su antojo la banda magnética o el relieve de una genuina. Como toque final, disponían de tintes y troqueles de hologramas que conferían la página de autenticidad a sus falsificaciones. Además, habían conseguido un alto grado de perfeccionamiento en la falsificación de pasaportes. Su único problema era conseguir dinero líquido. Para ello, utilizaban varias tretas: ir al casino de Torreldones, pagar fichas con tarjeta y devolverlas luego; comprar tabaco a mansalva en gasolineras o aparatos de alta fidelidad en grandes centros comerciales y después venderlos en el mercado negro, o bien contar con el apoyo de un establecimiento comercial. Allí efectuaban cargos millonarios a cuentas del extranjero donde el tiempo de notificación es mayor. El dinero así obtenido se repartía a un sesenta por ciento para la organización y el resto para el local. Estos cargos, tras ser advertidos por los titulares de las cuentas, fueron los que despertaron las primeras sospechas. Por separado, la Brigada Provincia de Policía Judicial y la 112 Comandancia de la Guardia Civil iniciaron las investigaciones, hasta que, en octubre, sus pasos se cruzaron. Estaban vigilando y descubrieron a una organización además de identificarlos por la cara, señaló la policía. La base de operaciones de la banda estaba situada en un piso de Villaviciosa de Odón (17,000 habitantes), donde se alojaba el supuesto cerebro de la red, Frank S., de 32 años, cuya nacionalidad no ha sido todavía determinada. La pena por este fraude equiparado a la falsificación de moneda, oscila entre los nueve y los 12 años de cárcel.”³⁸

4.11.1. Información banco de Guatemala algunas consideraciones teóricas sobre el desarrollo del dinero electrónico:

En la actualidad, muchas innovaciones conocidas como dinero

³⁸. Diario La Hora..... pág.166.

electrónico están ocurriendo en el área de pagos al por menor. Estas innovaciones, que todavía están en una etapa de inicio de su desarrollo, tienen el potencial de competir con el papel predominante del numerario para hacer pagos al por menor y transacciones individuales más fáciles y baratas para los consumidores y comerciantes. Sin embargo, dichas innovaciones también contienen temas de política que interesan a los bancos centrales, debido a las posibles implicaciones en la política monetaria, así como por el interés general de los bancos centrales en el sistema de pagos.

A continuación se proporciona una definición de dinero electrónico, así como la descripción de sus características más importantes. También se mencionan los factores y problemas que influyen en el desarrollo de los productos del dinero electrónico.

4.11.2. Definición de dinero electrónico:

El término dinero electrónico se utiliza indistintamente para referirse a una amplia variedad de mecanismos de pagos al por menor. Los productos del dinero electrónico se definen como productos de "reserva de valor" o "pagos anticipados", que consisten en el registro de fondos o "valor" disponible de un consumidor, almacenado en un dispositivo electrónico, propiedad del mismo. El valor electrónico es comprado por el consumidor (por ejemplo, en la misma forma que los otros instrumentos prepagados, tal como se compran los cheques de viajero) y es reducido cuando el consumidor hace uso del dispositivo para hacer compras. Al contrario de muchos esquemas de tarjetas prepagadas con un fin específico, (tales como las ofrecidas por las compañías de teléfono), los productos del dinero electrónico se utilizan como un medio general de pago y para múltiples propósitos. Además, en la definición de dinero electrónico se incluyen las tarjetas prepagadas (algunas veces llamadas "bolsas electrónicas") y los productos de software prepagados que utilizan redes de computadora, tal como internet (a veces conocido como "dinero digital"). El

dinero electrónico tal como es definido, difiere de los llamados *productos de acceso*, los cuales son productos que permiten a los consumidores utilizar medios electrónicos de comunicación para tener acceso a otras formas de servicios de pagos convencionales (por ejemplo, el uso de una computadora personal estándar y una red de computadoras, tal como internet, para hacer un pago de tarjeta de crédito o transmitir instrucciones para transferir fondos entre cuentas bancarias). El aspecto novedoso e importante de estos esquemas de acceso es el método de comunicación (por ejemplo, el uso de una red de computadoras en lugar de una visita a una sucursal bancaria).

4.11.3. Características claves de los esquemas del dinero electrónico:

Diversos esquemas de dinero electrónico están siendo desarrollados, los cuales difieren apreciablemente en sus características. En primer lugar, los productos del dinero electrónico difieren en su *implementación técnica*. Para almacenar un valor prepagado, los esquemas basados en tarjetas involucran un dispositivo de hardware para computadora portátil y especializada, típicamente un chip de microprocesador dentro de una tarjeta plástica, mientras que los esquemas basados en un software, utilizan un software especializado instalado sobre una computadora personal estándar. Segundo, *los acuerdos institucionales* pueden variar. En la operación de un esquema de dinero electrónico se involucran cuatro tipos de servicios del proveedor: los emisores del valor del dinero electrónico, los operadores de red, los vendedores de software y hardware especializados y los compensadores de las transacciones del dinero electrónico. Los proveedores más importantes son los emisores, debido a que el dinero electrónico representa una obligación en el balance de estas instituciones. Por el contrario, los vendedores y los operadores de red solamente ofrecen servicios técnicos, mientras que las instituciones de compensación son típicamente bancos o compañías especializadas propiedad de los bancos, que proveen un servicio que no difiere a los prestados por otros instrumentos de pago sin efectivo. Usualmente, existe más de un emisor, pero en algunos casos puede haber

un emisor único, con otras instituciones "comprando" el valor del emisor y así "vendiéndolo" a los consumidores. En tercer lugar, los productos difieren en la forma en que el valor es *transferido*. Algunos esquemas de dinero electrónico permiten trasladar directamente saldos electrónicos de un consumidor a otro, sin involucrar a una tercera parte, tal como al emisor del valor electrónico. Comúnmente, los únicos pagos permitidos son aquellos de los consumidores a los comerciantes y estos últimos a la vez tienen que redimir el valor registrado (por ejemplo, al final del día ellos transfieren el valor total a su banco y entonces acreditan a su cuenta bancaria los fondos). En cuarto lugar, relacionado a la transferencia, depende del alcance en que las transacciones sean *registradas*. La mayoría de esquemas registran algunos detalles de las transacciones entre consumidores y comerciantes en una base de datos central, que puede ser controlada, aunque pocos esquemas contemplan el almacenamiento de registros de forma limitada de las transacciones individuales o ningún registro. En el caso en que las transacciones directas entre consumidores sean permitidas, estas pueden ser registradas solamente en los dispositivos de almacenamiento de los propios consumidores y pueden controlarse únicamente cuando el consumidor llama al operador del esquema del dinero electrónico (por ejemplo, para recargar una tarjeta con más valor). Finalmente, en quinto lugar, en muchos esquemas del dinero electrónico que actualmente están siendo desarrollados o probados, el "valor" almacenado en los dispositivos es *expresado* únicamente en moneda nacional. Sin embargo, es posible que el control de saldos y los pagos se realicen en monedas de varias nacionalidades.

4.11.4. Factores que influyen en el desarrollo del dinero electrónico:

El alcance de la dispersión del dinero electrónico depende de los incentivos para los emisores, consumidores y comerciantes, derivados de la utilización del dinero electrónico. Los incentivos potenciales para los *emisores* son los ingresos por cargos de servicios prestados a los consumidores y a los comerciantes, así como los ingresos por inversiones sobre los saldos pendientes. Para los emisores bancarios, el

incentivo es el ahorro por menores costos ante el manejo de numerario (en la medida que el dinero electrónico reemplaza al numerario). Solamente el costo de una regulación existente o futura puede actuar como un posible desincentivo. La demanda de los *consumidores* de dinero electrónico depende de como lo comparen con otros métodos de pago, principalmente con los costos de los servicios (cualquiera) cobrados por los emisores, la privacidad y seguridad percibida del dinero electrónico, la facilidad con que los dispositivos del dinero electrónico pueden utilizarse y el consentimiento de los comerciantes para aceptar el dinero electrónico está relacionado con el tamaño de los costos impuestos por los emisores u operadores, el costo de las terminales y la reducción del costo de manejar efectivo. Dependiendo de qué tan interesados estén los consumidores y los comerciantes, un factor clave será su consentimiento para adoptar una nueva tecnología. La mayoría de observadores creen que la dispersión de los productos del dinero electrónico será moderada en el corto y mediano plazo, pero podría llegar a ser más extensa en el largo plazo. Con respecto a su crecimiento y uso potencial, los productos basados en tarjetas están diseñados para facilitar pagos al por menor y por lo tanto, constituyen un buen sustituto de billetes y monedas. Los esquemas basados en software pueden ser utilizados para hacer pagos remotos en redes de computadora, principalmente por medio de Internet. Estos probablemente sustituyan tanto el efectivo como otros instrumentos de pago que no utilizan efectivo, tales como cheques y transferencias de fondos. Dado que el dinero electrónico está siendo promocionado principalmente como un sustituto de las transacciones en efectivo, muchos esquemas establecen un límite relativamente bajo sobre el valor máximo que puede utilizar el consumidor. Donde no existe tal límite, los factores tales como la seguridad de los esquemas y cualquier pérdida de interés, comparado con la tenencia de fondos en otras formas, continuarán siendo importantes para determinar si los consumidores están dispuestos a retener grandes saldos de dinero electrónico. Algo importante es conocer si existe un incentivo particular para utilizar los productos del dinero electrónico en países que confían relativamente más en el efectivo como medio de pago, tal como algunas economías de mercado emergente. Mientras la eficiencia de los productos del dinero

electrónico parece ser más grande en economías basadas en efectivo, puede ser que, si los esquemas se utilizan principalmente para transacciones al por menor, estos tengan un mayor impacto únicamente sobre las monedas y billetes de menor denominación y un efecto reducido sobre el valor total del numerario. Además, aunque el costo de computación y comunicaciones se ha reducido considerablemente en los últimos años en algunas economías de mercado emergente, la infraestructura necesitó operar con sistemas de pagos al por menor. En otros países, los esquemas de dinero electrónico podrían utilizar la infraestructura proporcionada por los operadores establecidos, tal como las organizaciones de tarjetas de pagos internacionales.

4.11.5. Problemas derivados del desarrollo del dinero electrónico:

El desarrollo del dinero electrónico conduce a un número de problemas que se relacionan entre sí y que son de interés potencial para los bancos centrales y otras autoridades públicas. Los problemas de particular importancia para los bancos centrales están relacionados con su función de vigilancia de los sistemas de pagos, el señoreaje, el funcionamiento de la política monetaria, la responsabilidad de supervisión y los posibles riesgos financieros derivados de los emisores del dinero electrónico. Existe otra gama de problemas, tales como la protección al consumidor, competitividad, accesos y normas que no son de interés de los bancos centrales. Aunque estos problemas tienden a ser responsabilidad primaria de otras autoridades públicas, estos difieren de un país a otro.

La posibilidad de que la *seguridad* de un esquema de dinero electrónico pueda quebrantarse es de interés directo de los bancos centrales, debido a posibles pérdidas que resulten insostenibles por parte de los emisores u operadores de los sistemas. La violación de un esquema de seguridad de dinero electrónico puede ocurrir a nivel del consumidor, comerciante o emisor y podría involucrar intentos de robo de dispositivos del comerciante o del consumidor, para crear dispositivos

dolosos o mensajes que sean aceptados como genuinos. Además, alterar datos almacenados sobre contenidos de mensajes transmitidos entre dispositivos o las funciones de software de un producto. Los ataques a la seguridad probablemente afectarían más la ganancia financiera individual, pero también podría apuntar hacia la desorganización del sistema. Todos los sistemas de pago al por menor son vulnerables y de alguna manera se pueden tomar algunos pasos para controlar el riesgo potencial. Existen factores específicos de seguridad disponibles para proteger los productos del dinero electrónico. Una forma importante de salvaguardar los esquemas basados en tarjetas, es almacenar el microchip en la tarjeta. La salvaguardia de los esquemas basados en software y tarjetas, se realiza con la tecnología de codificación utilizada para autenticar los dispositivos y mensajes del dinero electrónico, así como con la protección de los datos grabados ante una alteración sin autorización. Los límites máximos sobre la cantidad que pueden guardar los dispositivos del dinero electrónico y el valor de la transacción pueden jugar un papel importante en contener pérdidas, en caso de un rompimiento de la seguridad. Un aspecto importante es que un rompimiento de la seguridad del dinero electrónico puede ser difícil de detectar. El sistema central de operadores típicamente controlan los esquemas de dinero electrónico sobre una base en proceso para tales rompimientos de seguridad. Este sistema controla el mantenimiento de registros sobre dispositivos individuales, o sobre una base de datos centrales, y la capacidad para seguirles la pista a las transacciones individuales, lo que puede contribuir en forma importante a la seguridad de los productos del dinero electrónico. La extensión en que el dinero electrónico puede ser transferido directamente entre usuarios podría también ser importante para hacer un juicio sobre la seguridad de los productos del dinero electrónico, ya que la información sobre tales transacciones es generalmente menos completa y es probable que sea recibida por operadores del sistema central con un retraso importante, lo cual puede hacer más difícil la identificación de los rompimientos de seguridad. Uno de los aspectos más importantes relacionados con los sistemas de seguridad del dinero electrónico, se refiere a que este esquema es un atractivo para el *lavado de dinero* y otras actividades delictivas. Su uso para tales

propósitos depende del alcance de los saldos de dinero electrónico que pueden ser transferidos sin la interacción con el operador del sistema, la cantidad máxima que puede ser almacenada en un dispositivo de dinero electrónico, su capacidad de guardar el registro y la facilidad con que el dinero electrónico puede moverse a través de fronteras. Las formas de dinero electrónico, que permiten hacer pagos a través de fronteras sobre redes de computadoras, podrían ser especialmente atractivas para actos criminales. Si los fondos fueran obtenidos de actividades ilegales podrían transferirse rápidamente a países donde las Leyes sobre el lavado de dinero son débiles. Sin considerar los aspectos específicos, técnicos o institucionales de los esquemas de dinero electrónico, la *relación contractual y legal* entre consumidores, minoristas, emisores y operadores puede ser compleja. Los esquemas difieren con respecto a si el pago es final y también si el consumidor o el comerciante tiene crédito, pagos y otros riesgos, hasta que la liquidación haya ocurrido. Algo importante es si los derechos y las obligaciones de todas las partes involucradas son seguros y transparentes. Por ejemplo, los problemas podrían provenir de un fraude, falsificación, accidente (tal como pérdida o robo) o la mora de uno o más de los participantes. Un tema de interés legal es saber si existen regulaciones bancarias y otras clases de regulaciones aplicadas a los acuerdos de dinero electrónico. Además, cuando los pagos de dinero electrónico se hacen entre fronteras (particularmente esquemas basados en software, que operan sobre redes de computadora), puede ser difícil establecer el alcance de las regulaciones, si todos los esquemas de dinero electrónico caen dentro de sus propias jurisdicciones. Virtualmente todos los esquemas de dinero electrónico en desarrollo necesitan *acuerdos interinstitucionales de liquidación y compensación*. Muchos esquemas de dinero electrónico planifican utilizar los acuerdos interbancarios existentes. Los operadores y los supervisores de los sistemas de liquidación y compensación necesitan asegurar que tales sistemas sean lo suficientemente robustos desde el punto de vista de los acuerdos institucionales y operacionales, gestión de riesgo y procedimientos de pago.

CONCLUSIONES

1. El secreto bancario no sólo es el resultado de una exigencia jurídica sino que surge por factores económicos, sociales y filosóficos.
2. El secreto bancario es el reflejo del poder normativo pero estos factores han presionado en sentido contrario, es decir, que algunos contratos están abogando por su abolición o por lo menos, por la limitación de este deber jurídico.
3. El secreto bancario resguarda el respeto y la protección de las cuestiones privadas, en función de la confianza que las personas tengan con el banco.
4. El secreto bancario permite la estabilidad de los sistemas bancarios, es decir, al haber confianza entre el público, éste proporcionara todos los datos e informes necesarios y, en consecuencia, mantendrá su dinero y realizará sus operaciones con los bancos, bajo el entendimiento de que éstos no proporcionarán informes.

RECOMENDACIONES

1. Que las entidades bancarias y financieras guarden discreción y no revelen la información que reciben en el ejercicio de su actividad.
2. Cuando sea violado el secreto bancario, el organismo jurisdiccional competente debe de aplicar las sanciones que establecen los Artículos 223 y 335 del Código Penal, por revelación del secreto profesional e infidelidad.
3. Se hace necesario que el sistema de justicia aplique de manera objetiva las sanciones establecidas por la Constitución Política de la República de Guatemala, Ley de Bancos y Grupos Financieros, respecto al secreto bancario.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel. **Derecho bancario.** México: Ed. Porrúa S.A., 1978
- ARGERI ANTONIO, Saúl. **Diccionario de derechos comercial y de la empresa.** Buenos Aires Argentina, Ed. Astreas, Gráficas Minerva, 1982
- BAUCHE GARCIA, Diego, Mario. **Operaciones bancarias.** México: Ed. Porrúa S.A., 1978.
- BROWNE, Harry. **Manual para invertir en los bancos suizos.** México: Ed. V Siglos. S.A., 1977.
- BARRENO, JOSÉ ALBERTO. **Diccionario manual jurídico.** Buenos Aires Argentina. Ed. Astrea. 1991
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito.** 13a. ed.; México D.F.: Ed. Herrero S.A., 1973. Guatemala Ed. Mayte., 1995.
- FOSTER MAJOR, B.M.A. **Banca.** México: Ed. Achupolito. 1975
- GARCIA PRIETO, Luís Maria. **El secreto bancario.** Instituto de estudios fiscales Bilbao: Ed. Lerner. 1983.
- GARRINQUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** 1t, 5a. ed.;3a. reimpresión., México D.F.: Ed. Porrúa. S.A., 197
- GARRINQUEZ, Joaquín. **Contratos bancarios.** México: Ed. Porrúa S.A. 1953
- GOMEZ SEGADE, José Antonio. **El secreto industrial.** Madrid España: Ed. Tecnos. 1974
- GRECO, Paolo. **Curso de derecho bancario.** Editorial Jus, mayo 1945.
- HERNANDEZ, Octavio Antonio. **Derecho bancario mexicano.** México: Ediciones de la Asociación Mexicana de Investigación Aduas. 1956
- JIMENEZ SANDOVAL, Humberto. **Derecho bancario.** San José de Costa Rica: Ed. Universitaria Estatal a Distancia. 1986
- LABANCA, Jorge. **El secreto bancario.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Perrot. 1968
- LAGUADO MOSALVE, Darío. **Apuntes sobre derecho bancario.** Bogota. 1976

- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 20a. ed., actualizada y aumentada, por Guillermo Cabanellas de la Cueva, Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1992.
- RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. **Contrato bancario su significación en América Latina.** Biblioteca Felaban, intal.
- RODRIGUEZ, RODRIGUEZ, Joaquín. **Derecho bancario.** México Ed. Porrúa S.D. A. 1945
- SAYERS, R. S. **La banca moderna.** México Ed. Muñoz S.A. 1968.
- URIA, Rodrigo. **Tratado de derecho mercantil.** 11 a. ed.; Madrid, España: Ed. Aguirre, 1976
- VASQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. **Operaciones bancarias.** Madrid, España: Ed. Revista de derecho privado. 1985
- VÁSQUEZ MARTINEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil.** Guatemala: Ed. Servipresa, Centroamericana. Guatemala. C.A. ,1978
- VILLEGAS LARA, Rene Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** (Colección editorial universitaria No 81) 2t.; 2 Vols.; revisada y corregida; Guatemala: Ed. Universitaria C.A. Universidad de San Carlos Guatemala., 1985.

Legislación:

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

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 17-73, 2005 y sus reformas.

Código Procesal Penal Guatemalteco. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 51-92, 2005 y sus reformas.

Código de Comercio. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-70, 2005 y sus reformas.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-89, 2005 y **sus reformas.**

Ley de Bancos y Grupos Financieros. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 19-200, 2005 y sus reformas.