

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 63 DE LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS
FINANCIEROS**



OTTO RAFAEL LEONARDO ZETINA

GUATEMALA, MAYO DE 2011

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 63 DE LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS
FINANCEROS**

TESIS

**Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la**

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la**

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

OTTO RAFAEL LEONARDO ZETINA

**Previo a conferírsele el grado académico de
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
y los títulos profesionales de
ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, mayo de 2011

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. Cesar Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera fase

Presidente: Lic. Carlos Alberto Velásquez
Secretario: Lic. Pedro José Luis Marroquín
Vocal: Lic. Edgardo Enrique Enríquez Cabrera

Segunda fase

Presidente: Lic. Otto René Vicente Revolorio
Secretario: Licda. Josefina Cojon Reyes
Vocal: Lic. Rodolfo Giovani Celis López

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

LIC. MIRIAM ALICIA SANTELIZ
ABOGADA Y NOTARIA
Colegiada: 5957
Ave. Elena "C" 15-65, zona 1, Guatemala, Ciudad.
Teléfonos: 22515482, 58991000



Guatemala, 5 de febrero de 2010.

Licenciado:

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



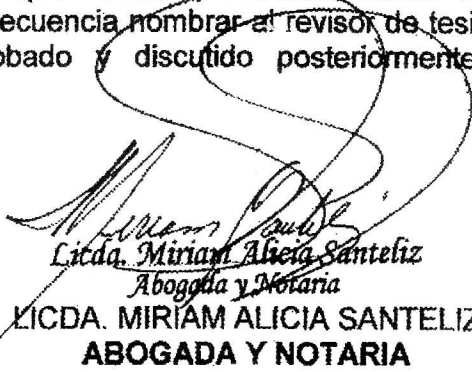
Respetable Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Tengo el honor de dirigirme a usted, para dar cumplimiento a la resolución emanada por su digno cargo, a través de la cual se me designó asesora de la tesis del Bachiller : **OTTO RAFAEL LEONARDO ZETINA**, con el intitulado "**ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 63 DE LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS**", del cual al respecto me permito manifestar:

- 1) El contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos desarrollando correctamente los pasos del proceso investigativo.
- 2) La metodología inductiva, deductiva y analítica así como las técnicas de investigación de carácter documental y bibliográfica que han sido utilizadas, han sido las correctas ya que se ha visto en el resultado de la investigación el correcto desempeño y utilización de éstas.
- 3) La redacción en el trabajo de investigación ha sido empleada de manera correcta, ya que se enmarca una buena calidad de trabajo en cuanto a ella y que esa información ha contribuido científicamente a enriquecer las ciencias jurídicas y sociales.



- 4) El trabajo de investigación presenta una temática especial e importante sobre el tema desarrollado, puesto que la investigación realizada sirve de apoyo para aquellos profesionales que se interesen en el estudio del Derecho Penal.
- 5) Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas de tal forma que constituyen supuestos válidos relacionados con el secreto bancario y con el acceso a la información sobre las cuentas bancarias de los contribuyentes.
- 6) Con el estudiante, sostuvimos varias sesiones de trabajo durante las cuales fue sugerida la bibliografía que en el desarrollo de la investigación se considera la más adecuada al tema, habiéndose consultado textos doctrinarios de autores extranjeros y nacionales que refieren en forma precisa a la temática contenida en la investigación realizada. En concordancia al plan de investigación con base al cual se desarrolló el presente trabajo de tesis, se comprobó suficientemente la hipótesis planteada.
- 7) En definitiva el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos que se deben de cumplir de conformidad con la normativa respectiva, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, y del examen General Público.
- 8) Por lo anteriormente expuesto, estimo que el trabajo en cuestión debe ser aprobado, por lo que resulta procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, debiendo en consecuencia nombrar al revisor de tesis a efecto que el presente trabajo sea aprobado y discutido posteriormente en el examen público correspondiente.


Licda. Miriam Alicia Santeliz
Abogada y Notaria

LICDA. MIRIAM ALICIA SANTELIZ
ABOGADA Y NOTARIA
Colegiada: 5957
Asesora de Tesis.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, treinta y uno de mayo de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RAMÓN AUGUSTO GUZMÁN LÓPEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante OTTO RAFAEL LEONARDO ZETINA, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 63 DE LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS".

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


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh.

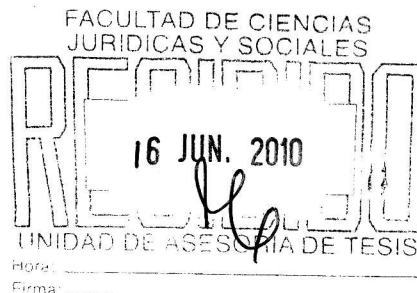
Lic. Ramón A. Guzmán L.

SEMAPRO
Servicios Marcarios Profesionales
Migración



Guatemala, 10 de junio de 2010

Licenciado
Marco Antonio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Licenciado Castillo Lutín:

Según nombramiento emitido de fecha treinta y uno de mayo del año dos mil diez, revisé la tesis del bachiller: Otto Rafael Leonardo Zetina, titulada: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 63 DE LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS", para lo cual me es grato manifestarle que el trabajo de investigación abarca:

1. Un contenido científico y técnico, además se consultó la doctrina y legislación adecuada, utilizando una redacción y terminología jurídica acorde, clara y precisa, habiendo desarrollado sucesivamente los diversos pasos del proceso investigativo.
2. El bachiller Leonardo Zetina, en el trabajo realizado brinda una excelente redacción y por ello da a conocer y analiza el secreto bancario como una figura que tutela los derechos de los depositantes e inversionistas en su sentido más riguroso.
3. Se emplearon los métodos apropiados, siendo los utilizados los siguientes: el método inductivo, se utilizó para determinar lo fundamental del secreto bancario; el método deductivo, indicó su importancia; el método analítico, dio a conocer la legislación vigente y el método sintético, estableció su aplicación.
4. Las técnicas que se emplearon fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recolectó ordenadamente la bibliografía necesaria y actualizada relacionada con el tema.

15 Calle 11-62 Zona 1, Guatemala, C.A.

Teléfono: (502) 2232-0807
Telefax: (502) 2220-5744
Movil: (502) 5805-2551

Mail: licramonguzman@hotmail.com

SEMAPRO
Servicios Marcarios Profesionales
Migración



5. La contribución científica del trabajo de tesis llevado a cabo, da a conocer con datos actuales lo esencial del análisis del sigilo bancario. Los objetivos generales y específicos fueron alcanzados al ser determinantes en señalar la importancia de asegurar la certeza jurídica bancaria. También la hipótesis se comprobó, al establecer que los bancos no pueden dar ningún tipo de información a otra autoridad, porque ello sería ir contra los postulados constitucionales.
6. La introducción, conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla, constituyendo supuestos válidos relacionados con el secreto bancario y con el acceso a la información sobre las cuentas bancarias de los contribuyentes.
7. Le sugerí la necesidad de llevar a cabo algunas correcciones a los capítulos de su tesis e introducción, encontrándose conforme en su realización para una debida estructuración del tema investigado.
8. Para la elaboración del presente trabajo se utilizó bibliografía de diferentes autores, así también se hizo un análisis en materia de derecho comparado.

En virtud de que el trabajo de tesis desarrollado por el bachiller Otto Rafael Leonardo Zetina, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.

Lic. Ramón Augusto Guzmán López
Revisor de Tesis
Colegiado 3922





FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dos de febrero del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante OTTO RAFAEL LEONARDO ZETINA, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 63 DE LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/slh.

EFFC

[Handwritten signature]



[Handwritten signature]



2050

DEDICATORIA

- A DIOS:** Creador de mi vida y guía de todos mi actos.
- A MIS PADRES:** Otto Rigoberto Leonardo Awe y Teresita Zetina Góngora de Leonardo, con el amor de siempre.
- A MI HERMANA:** Ana Luisa Leonardo Zetina de Ligorría, con mi cariño profundo y agradecimiento sincero, por su apoyo moral y experiencia de estudios compartidos.
- A MIS SOBRINOS:** Rodrigo Andrés y Renata, fuentes inagotables de travesuras y alegrías.
- A:** Mis queridos y siempre bien recordados abuelos: Rafael Zetina Cano, Inocencia Góngora de Zetina, José Daniel Leonardo y Angélica Awe de Leonardo, agradecido por los padres que me dieron y seguro que desde el lugar en que se encuentren, estarán felices por mi triunfo.
- A:** A toda mi familia en general; especialmente a mi tía Julita Zetina Cano, por su amor, cariño y trato especial que me ha brindado siempre.

A: Petén, corazón de mi patria y cuna de mi ser.

A: La tricentaria Universidad de San Carlos de Guatemala.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, en cuyas aulas y con el apoyo de sus mentores, me forjé como profesional del derecho.

A: Mis amigos en general.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El secreto bancario.....	1
1.1 Definiciones.....	1
1.2 Justificación del secreto profesional.....	4
1.3 Clasificación del secreto profesional.....	5
1.4 Secreto bancario.....	7
1.5 Reseña histórica del secreto bancario.....	7
1.6 Concepto, naturaleza y esencia del secreto bancario.....	11
1.7 Fundamentos del secreto bancario.....	14
1.8 Sujetos del secreto bancario.....	23
1.9 Bien jurídico tutelado por el secreto bancario.....	26
1.10 Función y síntesis del secreto bancario en general.....	27
1.11 Concepto de legitimación de capitales.....	31
1.12 Legitimación de capitales, justificación para la represión del lavado de dinero.....	32
1.13 La apertura reglada del secreto bancario.....	35
1.14 El derecho bancario en otros países (derecho comparado).....	36

CAPÍTULO II

2. Aplicación del secreto bancario en Guatemala.....	43
2.1 Lineamientos generales.....	44

	Pág.
2.2 Los intereses contrapuestos.....	45
2.3 Los grupos financieros en Guatemala.....	46
2.4 Leyes que amparan el secreto bancario.....	47
2.5 Intervención del Ministerio Público.....	50
2.6 El secreto bancario en el proceso penal.....	51
2.7 La Intendencia de Verificación Especial (IVE).....	54

CAPÍTULO III

3. Conflictos del secreto bancario en general.....	55
3.1 Definición de conflicto.....	56
3.2 Conflicto del secreto bancario a nivel nacional.....	57
3.3 Delito de revelación del secreto profesional.....	57
3.4 El lavado de dinero.....	59
3.5 La prevención del lavado de dinero como límite al secreto bancario..	59
3.6 Solución a la inobservancia al secreto bancario en Guatemala.....	62

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico del Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros..	65
4.1 Aspectos previos a la creación del Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.....	65
4.2 Objeto de la Ley de Bancos y Grupos Financieros.....	67

	Pág.
4.3 Definiciones.....	68
4.4 La confidencialidad en la doctrina.....	68
4.5 Entidades facultadas para obtener información bancaria en Guatemala	70
4.6 Responsabilidades por violar la confidencialidad de operaciones.....	72
4.7 Análisis jurídico de la confidencialidad de operaciones.....	74
4.8 Propuesta de reforma al Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.....	79
CONCLUSIONES	87
RECOMENDACIONES	89
ANEXO	91
BIBLIOGRAFÍA	93

INTRODUCCIÓN

Con la elaboración del presente trabajo de investigación se pretendió hacer énfasis en la actuación del Ministerio Público quien tiene a su cargo la exclusividad de la persecución penal, sin embargo en esa función en el caso concreto del secreto bancario se atribuye ciertas facultades que no se encuentran delimitadas y enmarcadas en el debido proceso, es decir existen actuaciones que en función de la tarea constitucional asignada respecto a la persecución penal ejecutan, sin contar con un marco normativo que le permita actuar apegado a las normas de derecho.

La hipótesis que se formuló para articular el problema que se deseaba investigar fue que pese a existir normativa legal y un procedimiento específico para que el Ministerio Público solicite información a las sociedades bancarias, éstas brindan información directamente al Ministerio Público sin observar la confidencialidad de operaciones establecida y protegida por la ley, atentando en contra del debido proceso establecido en una norma específica.

Como objetivos de la investigación se plantearon entre otros determinar la situación que se hace necesario que en el actuar del Ministerio Público en cuanto a la solicitud de información desde el punto de vista del secreto bancario, se solicite y ejecute de conformidad con las normas jurídicas vigentes y en todo caso se aplique el procedimiento y la sanción establecida por incumplimiento o transgresión de las mismas.

El estudio quedó dividido en cuatro capítulos, el primer capítulo fue dedicado a tratar aspectos generales del secreto bancario, aspectos relativos históricos y conceptuales y su importancia en la persecución penal y las entidades relacionadas directamente con éste; el segundo capítulo se encarga de delinear los conflictos que surgen con motivo de la aplicación del secreto bancario a la persecución penal de la cual es titular el Ministerio Público dentro de los órganos jurisdiccionales correspondientes; el tercer capítulo centra su atención en la explicación de las directrices generales y específicas en cuanto a la aplicación del secreto bancario en la sociedad guatemalteca; el cuarto

capítulo está dedicado a realzar la función del Decreto número 19-2002 Ley de Bancos y Grupos Financieros del país en cuanto a la regulación y normativa aplicable respecto a la persecución penal y el secreto bancario.

Como teorías que sirvieron de fundamento a mi investigación fueron las del autor español Bolafio León , al referirse a la información otorgada por los bancos, la teoría del autor Raúl Cervantes Ahumada en su obra Títulos y Operaciones de Crédito, la teoría del autor Cesar da Somarriva hace mención del secreto bancario y la teoría del autor Manuel Osorio Sandoval , al referirse a los derechos de los cuentahabientes.

Para la consecución de las metas trazadas para este trabajo de investigación el autor se auxilió en métodos de investigación tales como el método científico, el deductivo e inductivo, así como el análisis y la síntesis, lo anterior de manera coordinada y sistemática para lograr el resultado deseado, así como la técnica bibliográfica, en el desarrollo de la investigación.

Las técnicas de investigación utilizadas para esta investigación fueron: entrevistas, cuestionarios, estadísticas y técnicas documentales.

Se hizo especial hincapié en la importancia del actuar del Ministerio Público en cuanto al secreto bancario y su relación con la persecución penal, así como las instituciones y procedimientos establecidos para llevar a cabo la tarea asignada de conformidad con la normativa vigente y positiva en la sociedad guatemalteca.

CAPÍTULO I

1. El secreto bancario

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

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

1.1 Definiciones

Para comprender de una mejor manera lo referente al secreto bancario, considero necesario conocer las clases de “secreto” que tienen relación con la figura del sigilo profesional o secreto bancario.

- Secreto en general

“Un secreto es la práctica de compartir información entre un grupo de personas, en la

que se esconde información a personas que no están en el grupo. El secreto es a menudo fuente de controversia. Muchas personas reclaman, al menos en algunas situaciones, que es mejor hacer pública una información dada y que ésta sea conocida por todo el mundo. Se encuentran muy cercanos los conceptos de confidencialidad y privacidad y a menudo llegan a confundirse.

Un secreto o también información clasificada, es información sensible que debe ser restringida por ley o regulación a diferentes tipos de personas. Para poder acceder a los documentos clasificados como secretos se necesita un permiso de seguridad. El permiso es un proceso de investigación previo ("background investigation") que permite determinar si la persona es adecuada para el acceso a cierto tipo de datos"¹.

- Secreto gubernamental

“Los Gobiernos a menudo intentan mantener cierta información reservada, bien sea a otros gobiernos, o al público en general. Estos secretos de Estado pueden incluir diseños de armamento, secretos militares, negociaciones diplomáticas, tácticas y secretos obtenidos ilícitamente de otras actividades de inteligencia.

La mayor parte de los países tienen alguna forma de normativa sobre secretos oficiales, cuyo objetivo es el de clasificar material de acuerdo con los niveles de protección necesarios (de aquí viene el término información clasificada). Un individuo

¹ Azaustre Fernández, María José. **El secreto bancario**, Pág. 253.

puede que necesite un permiso de seguridad, bien para el acceso a la información, o para la vigilancia de los documentos en un lugar seguro”².

- **Secreto corporativo**

“Las organizaciones, que van desde las multinacionales con ánimo de lucro hasta las sociedades sin ánimo de lucro, guardan secretos para mantener su ventaja competitiva, haciéndolo siempre dentro de los requerimientos legales. Los diseños de los nuevos productos bajo desarrollo, listas de clientes, preferencias en el consumo de ciertos productos, procesos de trabajo y producción, etc., son todos ellos ejemplos de información secreta bajo las leyes de secreto industrial. Los sistemas de patente se esfuerzan en forzar a los inventores a publicar los diseños tras un tiempo de monopolio de uso, a través de aplicaciones patentadas inicialmente en secreto. Guardar una estrategia en secreto es importante en muchos aspectos de la teoría de juegos. Las sociedades secretas emplean el secreto como una forma de atraer a potenciales miembros y crear entre los asociados una sensación de importancia. El secreto es una parte esencial en el crimen organizado. Otras leyes requieren a las organizaciones que guarden su información en completo secreto, tal como la información médica, o la información financiera, que está bajo preparación”³.

² **Ibíd.** Pág. 357.

³ Pallares, José. **Derecho y secretos profesionales**, Pág. 87.

- **Secreto profesional**

“Secreto profesional es la obligación legal que tienen ciertas profesiones de mantener en secreto la información que han recibido de sus clientes. Al contrario de lo que ocurre con otros tipos de deberes de confidencialidad, el secreto profesional se mantiene incluso en un juicio⁴”.

Entre estos profesionales, cabe citar como casos más típicos el abogado, el médico, el psicólogo, el periodista o el trabajador social. Sin embargo, también puede haber otros casos de asesores o servicios que tengan ese tipo de obligación, como por ejemplo los asesores fiscales (a veces incluidos dentro de los abogados) o las compañías de seguros.

1.2 Justificación del secreto profesional

El secreto profesional es una obligación de confidencialidad, que se impone por la necesidad de que exista una absoluta confianza entre el profesional y quienes acuden a solicitar sus servicios. Por ejemplo, un acusado no podría contar toda la verdad a un abogado si luego se pudiese obligar al abogado a declarar como testigo lo que le ha contado.

⁴ **Ibíd.** Pág. 360.

En otros casos, como el de los médicos, el secreto profesional se basa en el respeto a la intimidad del cliente.

Existen casos paralelos pero con algunas diferencias en ciertas figuras religiosas como los sacerdotes.

Los sacerdotes tienen la obligación de mantener el secreto de confesión. Dicha obligación, sin embargo, es paralela a la ley y deberá ser refrendada por el ordenamiento jurídico para que tenga validez ante el juez (lo cual ha planteado más de un problema a los sacerdotes citados como testigos).

La obligación de ese tipo, por lo tanto, es esencialmente moral y no jurídica, y suele abarcar más de lo que abarca el secreto profesional propiamente dicho. Por ejemplo, el secreto de confesión impide a un sacerdote revelarlo incluso cuando esté en peligro su propia vida, lo cual no ocurre en el secreto profesional.

1.3 Clasificación del secreto profesional

Existen tres clases de secretos:

- 1. El secreto natural:** es independiente de todo contrato, se extiende a todo lo que ya sea descubierto por casualidad, por investigación personal o por confidencia, y no puede divulgarse. Aunque el depositario del secreto no haya prometido guardar secreto, ni antes ni después de habersele manifestado el hecho o de haberlo

descubierto, está obligado a callar, en virtud del precepto moral que prohíbe perjudicar a los demás sin motivo razonable.

2. **El secreto prometido:** nace de un contrato, de la promesa de guardar silencio después de haber conocido el hecho, ya sea por casualidad, por investigación personal o por confidencia espontánea o provocada. Un mismo secreto puede ser a la vez natural y prometido. Será natural cuando la cosa de suyo requiera sigilo, pero si además va acompañado de una promesa, también será prometido.
3. **El secreto confiado:** También dimana de una promesa explícita o tácita hecha antes de recibir la confidencia de lo que se oculta. Se le comunica que previamente ha prometido, expresa tácitamente por la razón de su oficio o al menos de las circunstancias, guardar silencio, y le es participado lo que se mantenía oculto, añadiendo que se le revela confiado en su promesa bajo el sello del secreto.

“El secreto pasa entonces a ser estrictamente confidencial o profesional; confidencial, cuando la confidencia se ha hecho a un hombre que está obligado por razón de su oficio a prestar ayuda o a dar consejo. Profesional cuando se ha confiado, ya de palabra, ya en sus acciones, a un hombre a quien su profesión obliga a asistir a los demás con sus consejos o cuidados, por ejemplo: abogado, contador, médico, sacerdote, consejeros de oficio”⁵.

⁵ *Ibíd.* Pág. 370.

1.4 Secreto bancario

“El secreto bancario es aquella facultad que posee una entidad financiera, frente las administraciones públicas, de no revelar los datos bancarios e información privada de sus clientes”⁶.

1.5 Reseña histórica del secreto bancario

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

“Escudriñando el pasado también se le conoce en la edad media como parte de la ética de los negocios de esta naturaleza en la Orden de los Templarios y en ciertas órdenes de caballería y religiosas que realizaban alguna actividad relacionada con la banca”⁷.

De acuerdo con el autor citado en Francia, mediante una disposición administrativa del 2 de abril de 1639, relativa a la bolsa de Paris, se establecía que los asuntos de la

⁶ **Ibíd.** Pág. 378.

⁷ Derecho Bancario, 1978, **Ed. Porrúa** Pág. 190.

Bolsa no sean conocidos más que por aquellos que negocien en la misma. El secreto bancario, pues, es de vieja estirpe y en este país, la doctrina es unánime y lo justifica como plenamente protegido, tanto en las actividades de cambio, con en las de banca, y derivado de la confianza que el público tiene en los banqueros, cuya revelación de operaciones sería una especie de abuso de esa confianza.

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

La existencia de ciertos hechos, circunstancias, documentos o situaciones.

- El conocimiento que de ellos tiene uno o varios individuos.

- Obligación que tiene esos individuos de no transmitir ese conocimiento a terceros, fuera de los casos señalados por la ley.

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

“El basamento está, en consecuencia, en la ética profesional y en el interés público que establece la sociedad para proteger la vida privada o la seguridad jurídica de las personas que han puesto en conocimiento de los profesionales los hechos o datos comunicados”⁸.

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

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

Sin embargo, cabe hacer la salvedad obligada que en materia penal el secreto bancario se quiebra para dar paso a la justicia criminal, por lo que el interés privado de los depositantes no puede ser protegido por estar en juego valores de mayor jerarquía como lo son los sociales para proteger a la sociedad misma, tanto a nivel local como

⁸ *Ibíd.* Pág. 378.

internacional, esto es, el pedido que realizan los tribunales extranjeros a través de los conductos correspondientes.

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

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

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

1.6 Concepto, naturaleza y esencia del secreto bancario

El secreto bancario o (reserva bancaria) es uno de los principales deberes que surgen de las relaciones comerciales perfectas o imperfectas entre los bancos y sus clientes, que obligan a las entidades a guardar silencio, es decir, a no divulgar o 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 surge 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.

“En la relación comercial que se establece entre el banco y su clientela hay un elemento de confidencialidad muy grande que surge de la misma naturaleza de su actividad. Quien acude a él no sólo confía su dinero, sino igualmente sus secretos, planes y cuestiones más íntimas, asistido por la convicción personal de que el banquero guardará sigilo acerca de los mismos. De allí que se afirme que la reserva bancaria es propiamente dicha una especie de reserva profesional”⁹.

Ahora bien, es una realidad innegable que encontraremos tantas definiciones de secreto bancario como autores se consulten, sin embargo y para nuestros efectos, consideramos muy apropiado el concepto que ensaya el autor Gilberto Villegas, mencionado por Ahumada:

⁹ *Ibíd.* Pág. 210.

"...Es el deber 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 del 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"¹⁰.

Podemos apreciar a partir de las definiciones de Ahumada y Villegas, que el secreto o reserva bancaria no es un deber ni mucho menos un concepto que viene dado por el sistema jurídico que regula la actividad financiera de un país, todo lo contrario, es una característica inherente a la actividad bancaria en sentido amplio. Ello significa que no se puede hablar de actividad bancaria y financiera no bancaria sin aceptar como un elemento intrínseco el secreto bancario, ya que la confianza que el cliente tiene en el

¹⁰ **Ibíd.** Pág. 215.

banquero para depositar en él sus planes y proyectos es en nuestro criterio, la piedra angular de toda la actividad bancaria.

En cuanto a la naturaleza propiamente dicha del secreto bancario, los autores han oscilado entre decir que su origen es contractual, para otros surge como resultado de un uso o costumbre, un tercer grupo encuentra el 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 más adecuada, en el sentido de que el secreto bancario se deriva -como una manifestación más- del secreto profesional.

Sobre este particular Villegas explica, mencionado por Ahumada:

"...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"¹¹", expresa Supervielle Saavedra. Y citando a Gulphe, en nota al pie, agrega: "No se discute la existencia, en el plano 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, está acompañada de una sanción penal.

¹¹ *Ibíd.* Pág. 219.

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

Por lo anterior, se afirma que la existencia del secreto bancario no está condicionado al marco jurídico de un sistema financiero en particular, puesto que es un deber inherente a la actividad bancaria y financiera no bancaria¹².

1.7 Fundamentos del secreto bancario

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

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

¹² Villegas, Carlos Gilberto. **Manual de derecho bancario**. Ed. jurídica ediar-conosur. Chile, 1987. Pág. 177

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

Realizada una introspección suficiente sobre lo que el secreto bancario es, a qué obliga y a quienes involucra de forma más directa, se puede iniciar ya una exposición más doctrinaria acerca de sus bases fundacionales.

Claro está de antemano que habrá tantas teorías como sistemas legales distintos en que exista este instituto, lo que se ha mencionado en este trabajo antes, pero lo que en definitiva importa es el fin perseguido, y los medios en este caso puntual dependen del medio legal, valga la redundancia.

- Uso

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

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

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

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

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

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

La formación de los usos bancarios deriva, unas veces, de prácticas profesionales que dominan tácitamente la conclusión de los contratos bancario, de tal suerte que, ante el silencio de los contratantes, debe de entenderse que éstos han querido seguir tales prácticas.

Otras veces los usos se condensan en las condiciones generales elaboradas unilateralmente por los bancos, caracterizándose en este caso por estar inspirados en los intereses particulares del banco o grupos de bancos que las redactaron, sin que ello obstaculice a la validez del uso.

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

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

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

- La buena fe

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

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

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

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

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

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

Es indudable que el principio de la buena fe también gobierna en el desarrollo de la relación contractual, durante la vida propiamente del vínculo jurídico, sometiendo a su

control, por entero, el comportamiento de las partes; no sólo una de ella, sino también de la otra parte debe encontrar satisfecha una expectativa propia.

Dicho en otras palabras, la buena fe significa un criterio de conducta que se funda sobre la fidelidad del vínculo contractual y sobre el compromiso de satisfacer la legítima expectativa de la otra parte; un compromiso en poner todos los recursos propios al servicio del interés de la otra parte en la medida exigida por el tipo de relación obligatoria de que se trate.

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

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

El principio de la buena fe trasciende más allá del vínculo jurídico, que ha dejado de tener vigencia entre las partes, de este modo y quizás uno de los que presentan en el derecho, una vez extinguida la relación entre el banquero y el cliente, aún así. Deviene

obligado aquél a seguir guardando lo confiado y por tanto la revelación o divulgación de la identidad del depositante y la información de los particulares.

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

“La buena fe es el elemento ético que adorna toda relación jurídica, incluso toda relación que no ha sido elevada a la categoría de jurídica, pero que el trato comercial o bancario la van reconociendo como el elemento fundamental de toda relación”¹³

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

- El contrato

En este caso se predica que frente a la ausencia de norma el origen del secreto bancario no se encuentra ya en la costumbre, sino en el contrato que liga al cliente

¹³ **Curso de derecho político**, Vol.III, Ed. Tecnos, Madrid, España. 1976, Pág. 86

con el banco, y precisamente de esa obligación emana una cláusula que incluye el deber de confidencialidad por parte de la institución financiera. Esta doctrina postula que dentro de la obligación principal, que se señala en cada contrato, se incluya una obligación accesoria de mantener en secreto los antecedentes otorgados por los clientes.

Esta hipótesis ha sido impulsada en países como Inglaterra y Alemania, debido a que en este último su legislación no se pronuncia sobre el secreto bancario.

Autores como Sichter mann sostienen "que la relación jurídica que conlleva el contrato es una relación de confianza de cual surge la obligación de la banca al mantenimiento del secreto que constituye una necesaria manifestación accesoria".

Otro alemán, Scheerer, concibe la observancia de esta regla de confidencialidad como un deber accesorio, en lo que llama la línea de los deberes secundarios del contrato. Señala: "Entre los legítimos deseos del cliente figura, en primer lugar, el del secreto de su situación patrimonial y sus negocios, sobre los cuales está obligado a conceder un derecho de inspección cuyo conocimiento le confía en virtud de su calidad de consejero al banco. El cliente cuenta con la discreción del banquero, tanto más, cuanto que siempre ha sido considerada incluso por los mismos banqueros como uno de los principales deberes.

Si por tanto el banquero satisface un deseo legítimo y bien conocido por su cliente, no puede decirse entonces que se trata de simple condescendencia de su parte, sino de ejecutar una obligación que le incumbe, ya que está obligado no solamente por todo lo que ha prometido expresamente en el contrato con su cliente, sino que se ha obligado además a comportarse en virtud de los prescrito por el Código Civil y el Código de Comercio alemanes.

1.8 Sujetos del secreto bancario

En cuanto a los sujetos de la reserva bancaria, según Carlos Alberto Villegas pueden distinguirse sujeto activo y sujeto pasivo, lo que hace la relación del banco-cliente.

- Sujeto activo en el secreto bancario.

"El sujeto activo de la obligación es el que tiene la facultad de exigir algo de otra persona. Para él, la obligación es un derecho, un derecho personal. Es por tanto un titular del derecho, y para él la obligación es un elemento activo del patrimonio".

Ahora, cliente de un banco es aquel que utiliza los servicios que presten las instituciones bancarias. Por tanto, la amplitud de esto para efecto de secreto bancario es evidente, lo que lleva a incluir en este término a toda persona que entre en contacto con el banco realizando alguna revelación, en virtud de operaciones de depósito o captación de cualquier naturaleza.

Para Carlos Gilberto Villegas, cliente es todo aquel que utilice los servicios de una entidad financiera, aunque sea en forma accidental.

Pero para el autor chileno Alejandro Vergara Blanco, se pueden distinguir con mayor precisión distintas situaciones:

- a. La persona que habitualmente recurre a un banco y que tiene para éste el carácter de cliente; por ejemplo un cuentacorrentista o una persona que tiene depósitos a plazo o que realiza con el banco diferentes tipos de operaciones bancarias, y no sólo depósitos o captaciones, sino también operaciones de comercio exterior o cambios internacionales.
- b. La persona que realiza "actos preparatorios" para llegar a ser cliente del banco; por ejemplo quien desea o aspira a tener una cuenta corriente en un determinado banco. Es la persona que ha formulado solicitudes a una institución financiera para ser cuentacorrentista o para pedir un determinado crédito hipotecario. Estos son actos destinados a preparar una futura relación jurídica permanente con el banco, en virtud de los cuales la persona pondrá en conocimiento de éste diversos antecedentes económicos o de inversiones que desea realizar.

Aún cuando no se concrete la formalización de esta persona como cliente, siendo rechazada la solicitud por el banco, para efectos de secreto bancario se le debe considerar a ella como cliente. Es lo correcto, atendido a que el banco ha tomado

conocimiento de la intimidad económica de esta persona, que por los fundamentos señalados para esa institución no debe ser revelados.

- c. Finalmente, se considera cliente a quien casualmente y por una operación aislada entra en contacto con el banco.

El autor Juan Carlos Malagarriga, en forma similar, nota en el "secreto bancario una necesidad económica, de tipo general, por su efecto beneficioso en el ahorro y la creación de dinero fiduciario, ya sea que se considere que con él se protege un derecho de la personalidad o que se vea en la obligación de reserva o la manifestación de una protección a una garantía constitucional, lo cierto es que para que la obligación de secreto actúe adecuadamente en el logro de cualquiera de esos fines, ella debe nacer desde el momento mismo en que alguien concurre a un banco con la intención de entablar relaciones con él y no sólo después que se haya celebrado la primera operación.

Sin embargo, como en casi todas las cosas, hay posturas en el otro sentido, es decir, algunos sostienen que el concepto de cliente debe ser más restringido.

A modo ejemplar cabe citar una sentencia en Gran Bretaña en que se sostuvo que para constituir a alguien en cliente de un banco debía haber en las relaciones de aquel con éste un hábito en la realización de negocios bancarios, y que fueren realizados en forma regular, y que una transacción aislada de esta naturaleza o una

serie de transacciones no comúnmente asociadas con los negocios bancarios no es suficiente.

Como consecuencia de lo anterior, el criterio predominante para determinar la calidad de cliente en Inglaterra ha sido la existencia de una cuenta corriente a su nombre.

En la práctica comercial del día a día, en un mundo cada vez más globalizado se hace indispensable una concepción amplia del término cliente, para que todos aquellos que negocien, en mayor o menor medida con los bancos, sean amparados por el secreto bancario, en atención a que gran parte de su intimidad económica, si es que no toda, queda expuesta.

- Sujeto pasivo en el secreto bancario.

Está sujeta a la obligación de secreto bancario todo tipo de institución financiera (no sólo los bancos) y además, también se encuentran obligados todos los trabajadores de las mismas, así como todo personal foráneo al banco (outsourcing) que en razón de su actividad en el banco se imponga de datos sujetos a esta confidencia.

1.9 Bien jurídico tutelado por el secreto bancario

La reserva bancaria o secreto bancario protege el derecho a que la información entre-

gada a las entidades financieras con respecto a los servicios que ellas prestan, no sea revelada sin causa justificada.

Esto, se llega necesariamente al “derecho a la intimidad, definido como elemento esencial de la personalidad y con una directa conexión con la dignidad humana”¹⁴ lo que en su esencia no permite vulneraciones inadecuadas.

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

1.10 Función y síntesis del secreto bancario en general

Sobre la función de la Reserva Bancaria, Jorge Labanca establece lo siguiente:

“Desde distintos ángulos se ha definido en el extranjero la utilidad del secreto bancario, por razón del interés público más que del privado se ha dicho que la obligación de secreto refuerza la confianza de la clientela en las instituciones de crédito y ello, a su turno, asegura un alto porcentaje de depósitos, un volumen sostenido de negocios y, en definitiva, una afluencia vigorosa de capitales hacia el sector bancario que, de no existir el secreto”¹⁵: .

¹⁴ Labanca, Jorge. **El secreto bancario**. Ed. perrot. Buenos Aires, 1968. Pág.9.

¹⁵ **Op. Cit.**, Pág. 10.

Por su parte, Garrigues asegura que “el secreto es presupuesto de la relación de confianza constituida entre el banco y el cliente, con lo cual lo convierte en una de las bases insustituibles del comercio de banco”¹⁶.

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

- **Carácter no absoluto del secreto bancario**

La doctrina es consistente al afirmar que la reserva bancaria no es absoluta, ya que no implica un silencio hermético frente a toda la información que llegue a conocer. En este orden de ideas, hay información y circunstancias amparadas por la reserva bancaria y otras que no.

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

- Administración de Justicia.

- Administración Pública.

¹⁶ Garrigues, Joaquín. Citado por Labanca, Jorge. **El secreto bancario**. Ed. Perrot. Buenos Aires, 1968. Pág. 11

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

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

- **Función del secreto bancario**

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

requiere, so pena de responder por los perjuicios ocasionales”¹⁷. Las entidades cuyo objeto lo constituye el manejo y divulgación de información comercial y financiera sobre personas determinadas deben restringir el uso de la información a las finalidades específicamente autorizadas por quien las suministra.

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

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

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

¹⁷ Op. Cit. Pág. 10.

- **Síntesis sobre el secreto bancario**

El Ministerio Público no tiene la facultad de obtener información de carácter personal por medio de la solicitud directa a los bancos, aunque en realidad el Ministerio Público solicita la información a los bancos y éstos acceden a brindársela violando así lo preceptuado en la norma en mención ya que el procedimiento correcto es: solicitar la información al juez competente y este a la Junta Monetaria, a la Superintendencia de Bancos o al Banco de Guatemala para que cuando el juez la obtenga la brinde al Ministerio Público con el objetivo que no se violente contra la norma que regula el secreto bancario .

1.11 Concepto de legitimación de capitales

En términos simples podemos definir la legitimación de capitales provenientes de hechos delictivos, como “aquella actividad o conducta desplegada por el legitimador (o lavador) para encubrir u ocultar el origen ilícito de una fuente de ingresos o de bienes en general o la utilización de los mismos, cuando son el producto de un ilícito penal.

Se trata de todo un proceso tendiente a **legitimar** esos ingresos o bienes obtenidos como producto de hechos delictivos”¹⁸.

Definido simplemente, el lavado de dinero es el proceso mediante el cual el producto de actos ilegales es convertido en activos que aparecen como legítimos, ocultando así su origen criminal.

¹⁸ **Ibíd.** Pág. 260

Para comprender de mejor forma este fenómeno delictivo, una vez que tenemos claro en qué consiste la legitimación de capitales (o lavado de dinero), procedamos a examinar cuales son las fases que desarrollara tal actividad.

la comprensión de las fases en que se realiza el lavado de capitales no solo permite visualizar cómo y porqué son utilizadas las entidades bancarias y financieras no bancarias en esta ilegal actividad.

En cuanto a la actividad propiamente de lavado de dinero y para efectos de continuar con estas breves explicaciones, debemos indicar que en este proceso de legitimación han sido identificadas claramente dos etapas distintas, que son:

- Fase de colocación o conversión y
- Fase de encubrimiento u ocultación.

“Aunque debe quedar claro, nuestra intención en este momento no es exponer las formas más comunes y conocidas que utilizan los lavadores para legitimar los capitales provenientes del narcotráfico, pues sólo deseamos explicar distintas fases o etapas de este fenómeno jurídico-social¹⁹”.

1.12 Legitimación de capitales justificación para la represión del lavado de dinero

“Aunque para los técnicos en derecho la represión de la legitimación de capitales

¹⁹Villegas, Carlos Gilberto. Pág. 256.

provenientes está sobradamente justificada, se trata de un tema no siempre del dominio de los banqueros y por ello es que brevemente examinaremos tal justificación.

Lo primero que debemos comprender es que el "**lavado de dinero representa**" si se quiere la etapa final de toda la actividad del tráfico ilícito de estupefacientes, ya que en este momento el narcotraficante pretende ocultar su jugosas ganancias económicas y hacerlas aparecer como lícitas, tal y como lo afirman determinados autores:

"...La legitimación de capitales provenientes del narcotráfico constituye la infraestructura financiera del gran negocio del Narcotráfico; dentro de esta empresa, el Legitimador se ocupa de legalizar sus haberes y de reconvertir las ganancias". Se dice, en este sentido, que la actividad de lavado de capital no es sino la parte más importante de la actividad global del tráfico de drogas.

"Esas cuantiosas ganancias producto del tráfico ilícito de drogas como luego se verá son inyectadas dentro del flujo normal del sistema financiero de un país, perturbando su normal desarrollo puesto que se trata de capitales obtenidos al margen de la legalidad y para ocultar su origen recurren a toda clase de mecanismos, desde la extorsión y el soborno, hasta otros mucho más sofisticados desde el punto de vista financiero. De ahí que coincidamos plenamente con lo dicho sobre este particular en el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988"²⁰

²⁰ **Ibíd.** Pág. 230.

El tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y a la sociedad en todos sus niveles.

En idéntico sentido se expresa el ya citado autor Hernández Ramírez, al señalar que:

"...El lavado de capitales" representa la etapa central dentro de la empresa del narcotráfico, de donde se derivan dos acontecimientos, necesarios para el dueño del capital: primero, se disfraza el origen ilícito de los fondos y, segundo; se ayuda a lograr su impunidad".

El campo de acción del legitimador es la estructura económica del país, allí invierte, el capital obtenido en el tráfico, en negocios lícitos. Se produce así, una influencia negativa en la vida económica financiera, la corrompe y la contamina, pues sus únicos motivos son: incrementar las ganancias y potenciar la organización narcotraficante.

Ante esta real y en algunos casos ya materializada posibilidad de contaminar todo un sistema financiero con el flujo de dineros provenientes del narcotráfico, es que encuentra justificación su represión penal, por lo cual hacemos eco de las palabras de Bernaus & Monteverdi:

"...La droga constituye un verdadero problema social que debe ser atendido por todos los países del mundo, nadie puede desligarse del control de la misma, su producción, su venta aún para fines terapéuticos.

La droga no sólo constituye un problema para aquellos que la consumen, el meollo de la cuestión no radica sólo en ese aspecto, todo el submundo de la droga debe ser atendido con mucha seriedad, cualquier aspecto que descuidemos tendrá en el futuro graves consecuencias.

El tráfico y consumo de las drogas no constituye el único conflicto: el poderío económico que representa en el orden nacional e internacional, sus influencias en el mundo de la política y sus gigantescas operaciones de carácter financiero, los golpes de estado, en especial en los países americanos, donde los pueblos viven en la miseria.

No podemos cerrar los ojos, pensando que estamos alejados de los países productores: la experiencia y los distintos procedimientos que realizan las fuerzas policiales, demuestran todo lo contrario.

Ahora bien, pese a que el aspecto estrictamente técnico-jurídico puede que sea desconocido por el banquero moderno, en algunas latitudes sí hemos sido testigos de las nefastas consecuencias del lavado de capitales y por ello es que las entidades bancarias y financieras no bancarias deben interesarse por este confuso pero interesante tema, por el momento procedamos a estudiar el concepto de este fenómeno jurídico-social.

1.13 La apertura reglada del secreto bancario

Lo dicho anteriormente plantea un serio problema, si no dejamos de aplicar en forma irrestricta el secreto bancario y nos oponemos a su apertura, nuestros sistemas

financieros seguirán siendo utilizados por los "lavadores de dinero" para conseguir sus propósitos. Por ello, es que proponemos que la reserva bancaria se abra para facilitar la investigación y represión de la actividad delictiva conocida como legitimación de capitales provenientes del narcotráfico.

No obstante, una apertura de tal naturaleza no puede llevarse a cabo en forma intempestiva, ya que si bien es cierto hemos afirmado anteriormente que la existencia del secreto bancario no depende de que así lo consagre un ordenamiento jurídico en particular, pues se trata de una característica o atributo inherente a la banca misma, estimamos que cualquier apertura debe ser reglada por una ley que armonice el derecho a la intimidad y el interés colectivo de administrar justicia.

Por tanto, si el Estado respeta los derechos fundamentales de las personas, deberá respetar el secreto bancario en los términos ya expuestos.

1.14 El derecho bancario en otros países (derecho comparado)

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

- Chile

Antecedentes. “Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques Número 7498 de 1943, en la cual se establece la reserva bancaria sobre el movimiento de la cuenta

corriente y sus saldos”²¹.

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

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

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

“No se prevé excepción para organismos Fiscales ni Administrativos y los Bancos en todo caso deben dar información global y no personalizada para fines estadísticos o de información, cuando medie un interés general, previa calificación de la superintendencia bancaria”²².

Alcance; “la legislación Chilena le reconoce un margen de protección importante a la información entregada y confiada a las entidades financieras, la cual está supervisada por un órgano de control. Por otra parte, es importante comentar que las disposiciones

²¹ Op.Cit.Pág. 183

²² Op.Cit.Pág. 183

legales cobijan tanto al banco central de la República individualmente considerado como a su personal²³.

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

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

- **Argentina**

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

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

a) Los jueces en causas judiciales con los recaudos establecidos por las leyes respectiva.

²³ **Op.Cit.** Pág. 184.

- b) El banco central de la República de Argentina en ejercicio de sus funciones;
- c) Los organismos recaudadores de impuestos nacionales, provinciales o municipales, con base en las siguientes condiciones:

– Debe referirse a un responsable determinado

–debe encontrarse en curso una verificación impositiva con respecto a ese responsable

–Haber sido requerido formal y previamente ²⁴.

- Uruguay

Antecedentes. Ley 15.322 del 14 de septiembre de 1982.

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

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

²⁴ **Ibid.** Pág. 185

“Sólo pueden suministrar información mediante autorización expresa o por escrito del interesado o por resolución fundada de la justicia penal o de la justicia civil si mediare un juicio por alimentos”²⁵

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

- Panamá

Antecedentes. Decreto Número 238 de 1970.

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

“Las entidades financieras por su parte, sólo pueden suministrar información si media orden judicial”²⁶.

En el caso panameño al igual que en el uruguayo se aprecia una protección de la información acentuada, ya que se establece como única excepción la orden judicial, a diferencia de países como Argentina que consagran otro tipo de excepciones, lo que

²⁵ **Op.Cit.** Pág. 187.

²⁶ **Op.Cit.** Pág. 188.

lleva a concluir que en Panamá el contenido de la reserva bancaria es más amplio que en otros países.

- Suiza

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

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

“Comprende las operaciones de cualquier naturaleza y las informaciones en general, los bancos no revelan ningún tipo de información requerida a sus clientes ya sea que éstos se la hayan suministrado o las haya obtenido de los mismos”²⁷

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

²⁷ BAER, Hans., Citado por FAITH, Nicholas. **El misterioso mundo de la banca suiza**. Pág. 73

En cuanto a las excepciones, la doctrina comenta: Los bancos suizos se han resistido a brindar cualquier tipo de información a las autoridades fiscales y cambiarias extranjeras y solamente lo han hecho ante la investigación por sus propios tribunales en cuestiones penales, especialmente en la lucha contra el crimen organizado.

En cuanto a los pedidos por exhortos desde el exterior, han sido sumamente restrictivos, siendo ilustrativa la larga lucha de las autoridades judiciales norteamericanas para penetrar ese secreto, habiendo logrado sólo en casos excepcionales la colaboración de las autoridades judiciales suizas para obtener información de los bancos.

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

CAPÍTULO II

2. Aplicación del secreto bancario en Guatemala

Esta figura tutela uno de los derechos más preciados de los depositantes e inversionistas: el derecho a la privacidad en su sentido más riguroso. Tanto es así que si éstos supieran que el banquero no atiende el sigilo bancario, difícilmente los capitales fluirían a sus cajas, con el consiguiente perjuicio a la economía nacional.

Hoy, en tiempos de globalización, la exigencia de reserva se hace tanto más importante y necesaria, por cuanto la movilización de los capitales nacionales y extranjeros así lo exige, por una seguridad irrecusable.

Por ello el derecho constitucional positivo lo consagra como una garantía individual y social, de manera que lo blindo mediante esa doble vertiente. Y es la Ley de Bancos y Grupos Financieros Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, la que desarrolla dicho instituto, para darle seguridad y certeza jurídicas, de manera que sólo mediante orden de juez competente y siempre que haya una razón de derecho que lo justifique, es posible develarlo.

Por consiguiente, los bancos no pueden dar ningún tipo de información a otra autoridad como lo pretende el proyecto de ley de reforma fiscal, porque ello sería ir contra los postulados constitucionales.

2.1 Lineamientos generales

Jorge Labanca establece lo siguiente: desde distintos ángulos se ha definido en el extranjero la utilidad del secreto bancario, por razón del interés público más que del privado “se ha dicho que la obligación de secreto refuerza la confianza de la clientela en las instituciones de crédito y ello, a su turno, asegura un alto porcentaje de depósitos, un volumen sostenido de negocios y, en definitiva, una afluencia vigorosa de capitales hacia el sector bancario que, de no existir el secreto, emigrarían hacia países donde se facilitarían ese tipo de seguridades”²⁸.

Por su parte, Garrigues asegura que “el secreto es presupuesto de la relación de confianza constituida entre el banco y el cliente, con lo cual lo convierte en una de las bases insustituibles del comercio de banco”²⁹.

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

²⁸ Labanca, Jorge. Pág. 10.

²⁹ Garrigues, Joaquín. Citado por Labanca, Jorge. **El secreto bancario**. Ed. Perrot. Buenos Aires, 1968. Pág. 11.

2.2 Los intereses contrapuestos

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

Tal y como lo expusimos anteriormente, el secreto o reserva bancaria hace efectivo el derecho fundamental a la intimidad que todos tenemos, al impedir que la información depositada por el cliente en la banca en virtud de la confianza que le merece el banquero, sea conocida por terceros sin su consentimiento.

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

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

absoluta del secreto bancario, en aras de defender un derecho fundamental como lo es el derecho a la intimidad o confidencialidad.

2.3 Los grupos financieros en Guatemala

Los grupos financieros están regulados de conformidad con el Decreto Número 10-2002 del Congreso de la República de Guatemala de la manera siguiente:

“ARTICULO 27. Autorización y organización de grupo financiero. Grupo financiero es la agrupación de dos o más personas jurídicas que realizan actividades de naturaleza financiera, de las cuales una de ellas deberá ser banco, entre las cuales existe control común por relaciones de propiedad, administración o uso de imagen corporativa, o bien sin existir estas relaciones, según acuerdo, deciden el control común”.

La empresa que tenga como accionistas a empresas de distintos grupos financieros, sin que sea posible determinar cuál de éstas ejerce el control de ella, formará parte de los grupos con los que deberá consolidarse financieramente, de conformidad con lo que al respecto indican las normas contables correspondientes.

Los grupos financieros deberán organizarse bajo el control común de una empresa controladora constituida en Guatemala específicamente para ese propósito o de una empresa responsable del grupo financiero, que será el banco; en este último caso, conforme la estructura organizativa autorizada por la Junta Monetaria, previo dictamen

de la Superintendencia de Bancos, de acuerdo con la solicitud fundamentada que para el efecto presenten a ésta los interesados.

Cuando exista empresa controladora, los grupos financieros estarán integrados por ésta y por dos o más de las empresas siguientes: bancos, sociedades financieras, casas de cambio, almacenes generales de depósito, compañías aseguradoras, compañías afianzadoras, empresas especializadas en emisión y/o administración de tarjetas de crédito, empresas de arrendamiento financiero, empresas de factoraje, casas de bolsa, entidades fuera de plaza o entidades off shore y otras que califique la Junta Monetaria.

Cuando el control común lo tenga la empresa responsable, los grupos financieros estarán integrados por ésta y por una o más de las empresas mencionadas anteriormente.

Corresponde a la Junta Monetaria autorizar la conformación de grupos financieros, previo dictamen de la Superintendencia de Bancos. Todas y cada una de las empresas integrantes de los grupos financieros estarán sujetas a supervisión consolidada por parte de la Superintendencia de Bancos.

2.4 Leyes que amparan el secreto bancario

El hermetismo del secreto bancario a llevado a ocultar o a beneficiar las operaciones ilícitas de los usuarios, incluso en connivencia con el banquero y por ello se habla de

un secreto bancario en crisis, porque en resguardo del interés público este hermetismo ha cedido a la justicia criminal.

El Estado está obligado a efectuar las investigaciones a efecto de que no se rasgue el velo del derecho a la intimidad y el derecho de libertad, en una ponderación de valores el social debe de prevalecer sobre el particular, más en materia de garantía individual como lo es el secreto bancario esta garantía está fundamentada en el Artículo 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala la interpretación debe de ser amplia y restrictiva en contra de la figura, para discurrir el velo debe de mediar una orden de Juez competente y con las garantías que establece el debido proceso.

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

Con el secreto bancario estos intereses individuales no se verían afectados por el hecho de atender los programas sociales del Estado, pues como vemos en fundamento del Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, se encuentra tanto en un interés individual como en un interés social.

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

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

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

El fundamento del secreto bancario más que en la ley se encuentra en los usos y costumbres que han guiado la práctica bancaria, desde luego en países como el nuestro donde prima el derecho escrito no podría invocarse dicho fundamento porque no es reconocido como fuente de derecho positivo, pero al positivarlo ha tenido como

base ese reconocimiento otorgado por el uso y la costumbre en el trato de las relaciones de banco cliente, que se ha venido manifestado desde épocas pretéritas.

2.5 Intervención del Ministerio Público

La Ley Orgánica del Ministerio Público Decreto Número 40-94 del Congreso de la República de Guatemala en su Artículo 6, establece que “esta institución podrá pedir la colaboración de cualquier funcionario y autoridad administrativa de los diferentes dependencias del Estado y de sus entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas, para el cumplimiento de sus funciones estando éstos obligados a prestarles sin demora y a proporcionar los documentos e informes que les sean requeridos.

Las autoridades, los funcionarios y los organismos requeridos por el Ministerio Público, en ejercicio de las facultades que le otorga la ley, deberán atender inexcusablemente el requerimiento dentro de los límites legales y el término establecido en el requerimiento. Igual obligación tiene el jefe de la Contraloría de Cuentas , los contralores y la Superintendencia de Bancos”.

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

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

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

2.6 El secreto bancario en el proceso penal

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

La acción humana tanto en su aspecto positivo de hacer como en el de omitir para que llegue a constituir una figura delictiva ha de estar en contra de lo ordenado por una norma penal que prohíbe u ordena su ejecución, ha de ser esta una conducta antijurídica.

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

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

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

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

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

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

El secreto bancario si bien es cierto tiene un significado de protección de un derecho individual fundamental y también goza de una protección social en cuanto que a la sociedad y al Estado mismo le interesa que los asuntos relativos al ahorro, la inversión

y el capital fortalezcan a través de dicha protección ello no quiere decir que la protección sea de tal naturaleza que quiebre con la salvaguarda de derechos que son fundamentales para la convivencia social, de manera que todos los miembros de la sociedad gocen de la seguridad que el Estado debe brindar como un deber que le impone la Constitución Política, conforme el mandato establecido en el Artículo 2.

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

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

2.7 La Intendencia de Verificación Especial (IVE)

“La Intendencia de Verificación Especial (IVE), es un tipo que internacionalmente se le conoce como “Unidad de Análisis Financiero “(UAF) de carácter administrativo, se rige

según las disposiciones legales de la Republica de Guatemala, respecto a la materia del lavado de dinero y financiamiento del terrorismo³⁰.

Funciones

- Requerir y/o recibir de las personas obligadas toda la información relacionada con las transacciones financieras, comerciales o de negocios que puedan tener vinculación con el delito de lavado de dinero u otros activos.

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

- Elaborar y mantener los registros y estadísticas necesarias para el desarrollo de sus funciones.

- Intercambiar con entidades homólogas de otros países información para el análisis de casos relacionados con el lavado de dinero u otros activos, previa suscripción con dichas entidades de memoranda de entendimiento u otros acuerdos de cooperación.

³⁰ <http://www.sib.gob.gt/web/sib/lavadoactivos/funciones> (20 de agosto de 2010).

- En caso de indicio de la comisión de un delito presentar la denuncia correspondiente ante las autoridades competentes, señalar y aportar los medios probatorios que sean de su conocimiento u obren en su poder.
- Proveer al Ministerio Público cualquier asistencia requerida en el análisis de información que posea la misma, y coadyuvar con la investigación de los actos y delitos relacionados con el delito de lavado de dinero u otros activos. Dicha colaboración queda estrictamente delimitada a la unidad o fiscalía específica, encargada de perseguir el delito de lavado de dinero u otros activos.

En la medida que el Estado guatemalteco pueda rastrear e interceptar oportunamente los recursos derivados de actividades ilícitas, podrá evitar que éstos se utilicen para la comisión de otros delitos como lavado de dinero u otros activos y el de defraudación tributaria, cuyos efectos son evidentemente perjudiciales para la economía del país.

CAPÍTULO III

3. Conflictos del secreto bancario en general

El secreto bancario está amenazado. Esto ya lo sabemos desde hace bastante tiempo, desde los atentados del 11 de septiembre el mercado financiero no ha vuelto a ser el mismo.

Por la presión de los Estados Unidos no sólo la totalidad de los países han firmado acuerdos de asistencia legal mutua para casos de terrorismo y narcotráfico, sino que además se han endurecido enormemente las condiciones para abrir cuentas bancarias. Para obtener la tan deseada cuenta offshore, el solicitante debe pasar por todo un calvario de legalizaciones, cartas de referencia e incluso revelar toda suerte de datos y detalles personales y sobre su proyecto empresarial o de inversión.

Si estos procedimientos pueden resultar tediosos y molestos, no han supuesto sin embargo una seria amenaza al secreto bancario en sí, ya que, una vez que se haya cumplido con los requisitos iniciales, el banco normalmente se dará por satisfecho y velará entonces por qué la información facilitada sea custodiada con todas las garantías, pudiéndose revelar sólo en casos de delitos muy graves.

Todo lo contrario está ocurriendo con lo que podríamos llamar la “segunda ola” de actuación contra el secreto bancario y que tiene el objetivo básico de ampliar los supuestos que todos comparten (delitos como fraude, narcotráfico o terrorismo) al

terreno fiscal. Una de las principales exigencias que se piden a los paraísos fiscales, es que pase a considerarse como delito grave también a la evasión de impuestos.

Curiosamente la filosofía “no necesito privacidad, porque soy honrado y no tengo nada que ocultar” es apoyada por una gran mayoría de los ciudadanos de a pie que piensan que el secreto bancario es un invento de ricos y poderosos para poder ocultar su riqueza.

Esto sin embargo es una simplificación excesiva. Al igual que no aceptamos que nos pongan una cámara de vigilancia en nuestra casa, no debería darnos igual que personas extrañas, aunque sean funcionarios gubernamentales, tengan acceso a nuestros datos económicos y privados.

3.1 Definición de conflicto

“Es una situación en que dos o más individuos o grupos con intereses contrapuestos entran en confrontación, oposición o emprenden acciones mutuamente antagonistas, con el objetivo de neutralizar, dañar o eliminar a la parte rival incluso cuando tal confrontación no sea física o sea solo de palabras- para lograr así la consecución de los objetivos que motivaron dicha confrontación”³¹.

³¹ Osorio, Manuel. **Diccionario jurídico** . Ed. Osorio, 2005. Pág. 199.

3.2 Conflicto del secreto bancario a nivel nacional

Los conflictos referentes a la violación del secreto bancario en Guatemala conllevan y que por ello es de vital importancia evitar daños en el proceso tal y como se ha mencionado con el fin de tener una mayor amplitud respecto del debido proceso.

Existe el riesgo de que “el secreto bancario proteja algunas operaciones ilegales, pero la Ley contra el Lavado de Dinero y Otros Activos y contra el Financiamiento del Terrorismo obliga a los bancos y demás personas a establecer controles para detectar operaciones sospechosas y faculta a la IVE y al Ministerio Público para investigar y denunciar”³².

Los conflictos referentes a la violación del secreto bancario en Guatemala conllevan que el debido proceso se vea dañado por una serie de pasos que no son los correctos y que por ello es de vital importancia evitar daños en el proceso tal y como se ha mencionado con el fin de tener una mayor amplitud respecto del debido proceso.

3.3 Delito de revelación del secreto profesional

La figura delictiva contenida en el Artículo 223 del Código Penal, la cual puede darse si el banquero revela los asuntos comunicados por sus clientes o usuarios, reza el precepto: quien, sin justa causa, revelare o empleare en provecho propio o ajeno, un

³²<http://www.educacionfinanciera.gob.sv/contenido/lavado/faq.html>. (22 agosto de 2010).

secreto del que se ha enterado por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, si con ello ocasionare o pudiere ocasionar perjuicio, será sancionado con prisión de seis meses a dos años o multa de cien, a un mil quetzales.

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

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

El autor Sebastián Soler manifiesta, que la revelación del secreto profesional integra el grupo de revelaciones de secretos cuya delictuosidad está integrada para el caso del banquero la no existencia de justa causa en materia de revelación de la identidad del depositante o la información proporcionada por los particulares, está dada por el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, en virtud de que el deber de silencio impuesto por la norma sólo tiene excepciones que el mismo precepto señala y otras contempladas en la misma ley, es decir que siempre habrá una justa causa de no revelar en virtud del deber de silencio impuesto por la norma, salvo cuando en la causa

penal estén involucrados los bancos o los clientes en cuyo caso tampoco ese daría el delito.

3.4 El lavado de dinero

“El lavado de dinero es el procedimiento subrepticio, clandestino y espurio mediante el cual los fondos o ganancias procedentes de actividades ilícitas provenientes de la venta de armamento, la prostitución, trata de blancas delitos comunes, económicos, políticos y conexos, contrabando, evasión tributaria, narcotráfico, estas ganancias son reciclados al circuito normal de capitales o bienes y luego usufructuados mediante ardidés tan heterogéneos como tácticamente hábiles”³³

3.5 La prevención del lavado de dinero como límite al secreto bancario

Las manifestaciones delictivas en el transcurso de los tiempos se han adaptado a los distintos cambios, avances y herramientas que caracterizan cada época. Los medios masivos de transporte, los medios de comunicación y la tecnología propios del modernismo han llevado a la proliferación de los delitos transnacionales y entre estos al delito del lavado de activos, entendido como el proceso de ocultamiento de dineros de origen ilegal en moneda nacional o extranjera y los subsiguientes actos de simulación respecto de su origen, para hacerlos aparecer como legítimos.

³³ www.alafec.unam.mx/asam_cuba/ponencias/audit/audit04.doc (26 de agosto de 2010)

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

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

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

Al respecto de estas convenciones, es importante mencionar la principal recomendación que se dio a las entidades financieras, la cual es la de la aplicación del principio de conozca a su cliente.

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

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

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

En cumplimiento de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos y su reglamento, la Superintendencia de Bancos a través de la Intendencia de Verificación Especial elaboró una serie de formularios para el registro, conocimiento de operaciones y control de las personas obligadas y sus clientes, dentro de los que podemos mencionar:

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

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

En este orden de ideas y teniendo en cuenta especialmente la obligación de colaborar

con las autoridades, de efectuar reportes consolidados a la Superintendencia de Bancos y de Detección y Reporte de las operaciones sospechosas a la Autoridad Competente, es claro que la prevención del lavado de activos es un límite a la reserva bancaria.

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

3.6 Solución a la inobservancia del secreto bancario en Guatemala

Es necesario observar lo preceptuado en la forma que regula el secreto bancario con el objetivo de que exista un proceso penal estricto a los principios que fundan el debido proceso penal guatemalteco todo mediante la reforma del Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros.

Es importante que las entidades financieras puedan rendir información de operaciones y servicios bancarios o financieros de cualquier ente o persona jurídica o individual, siempre que se relacione con asuntos tributarios con el objeto de cumplir estándares internacionales y mejorar la imagen de Guatemala ante la comunidad internacional y sus organismos.

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico del Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala

En la actualidad los bancos del sistema precisan de una normativa moderna que les permita seguir desarrollándose para realizar más eficazmente sus operaciones y de prestar mejores servicios a sus usuarios, a la vez contribuyen a la reducción de hechos ilícitos como por ejemplo el lavado de dinero y otros activos y así combatir la evasión tributaria.

4.1 Aspectos previos a la creación del Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala

El Congreso de la República mediante Decreto Número 19-2002, aprobó la Ley de Bancos y Grupos Financieros. El mismo cuerpo legal en sus artículos 70 al 84 establece el Plan de Regularización, Suspensión de Operaciones y Exclusión de Activos y Pasivos, determina la designación de las juntas de exclusión de activos y pasivos, así como la constitución de fideicomisos administrados por una entidad elegida por la Superintendencia de Bancos, en el caso de suspensión de un banco o sociedad financiera como consecuencia de deficiencias patrimoniales.

Análisis de la comisión

De conformidad con el Artículo 119 inciso k) de la Constitución Política de la República de Guatemala, es obligación fundamental del Estado proteger la formación de capital y el ahorro, así como crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros y velar por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional.

El mismo cuerpo legal antes relacionado, establece el proceso de regulación, suspensión de operaciones y exclusión de activos y pasivos de bancos y sociedades financieras que se encuentren en estado de deficiencias patrimoniales o de iliquidez, en el que deben intervenir las empresas controladoras, las Juntas de Exclusión de Activos y Pasivos y los Fideicomisos, en resguardo de los bienes, derechos e intereses de los cuentahabientes y usuarios de los servicios financieros.

Tomando en consideración que los costos de los servicios generalmente se traslada al consumidor o usuario en la venta de los mismos, a efecto de incentivar la recuperación patrimonial y disminuir costos, es procedente exonerar del Impuesto sobre la Renta, Impuesto al Valor Agregado, Impuesto de Timbre Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos, e Impuesto sobre Productos Financieros a los Bancos o Sociedades Financieras que estén sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos que se encuentren en estado de deficiencia patrimonial, previa aprobación del Plan de Regularización emitido por la Superintendencia de Bancos.

En conclusión además de los beneficios ya relacionados, las exoneraciones a que se refiere la iniciativa de ley objeto de estudio, no contraviene ninguna disposición constitucional, ordinaria ni reglamentaria, por lo que se estima pertinente su aprobación.

En tal virtud, con fundamento en el análisis y consideraciones anteriores y lo que para el efecto establecen los artículos 239 inciso b) de la Constitución Política de la República; 39, 40 y 41, 111 y 112 de la Ley del Organismo Legislativo, la Comisión de Finanzas Públicas y Moneda emite **dictamen favorable** a la iniciativa de Ley No. 2785 y con las enmiendas incorporadas al proyecto de decreto, lo somete a consideración del Honorable Pleno, para que de merecer su aprobación se convierta en ley de la República.

4.2 Objeto de la Ley de Bancos y Grupos Financieros

De conformidad con el Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, el objeto de dicho decreto es:

“ARTICULO 1. Objeto. La presente Ley tiene por objeto regular lo relativo a la creación, organización, fusión, actividades, operaciones, funcionamiento, suspensión de operaciones y liquidación de bancos y grupos financieros, así como al establecimiento y clausura de sucursales y de oficinas de representación de bancos extranjeros”.

4.3 Definiciones

a. Banco

Es un intermediario financiero que se encarga de captar recursos en forma de depósito y prestar dinero, así como la prestación de servicios financieros.

b. Empresa financiera

Es la persona natural o jurídica que se dedique a ofrecer al público préstamos o facilidades de financiamiento de dinero.

c. Entidad afianzadora

Institución cuya especialidad consiste en otorgar afianzamiento para garantizar a personas naturales o jurídicas ante otras empresas del sistema financiero en operaciones vinculadas con el comercio exterior.

4.4 La confidencialidad en la doctrina

El sigilo bancario constituye un régimen limitado exclusivamente al ámbito de las relaciones entre la institución bancaria y sus clientes, e impone la obligación de confidencialidad de la institución sobre las informaciones que aquéllos le proporcionan.

En todas las legislaciones bancarias “el sigilo es relativo, es decir, el derecho del ciudadano al secreto y la correlativa obligación para el banco de no revelar a terceros las informaciones recibidas en el ejercicio de su actividad, ceden cuando existe norma legal expresa o causa justificada”³⁴.

El límite legal al sigilo está constituido por la obligación del banco de entregar informaciones, y se fundamenta en motivos superiores de orden público o general, siendo lícito, entonces, que el Estado establezca límites legales al secreto bancario para auxiliar, por ejemplo, las actuaciones de la Justicia en el plano jurisdiccional y las del Estado en el ámbito del ejercicio de su potestad impositiva.

Es un principio irrefutable en la vida del derecho que ni la autonomía de las personas ni los instrumentos del área económica y financiera pueden servir, en un momento dado, como elementos jurídicamente idóneos para lesionar el interés público. En consecuencia, se puede afirmar que las limitaciones al sigilo bancario son salvaguardias necesarias al bien común en los cánones del Estado moderno. Estos límites deben ser materias reservadas a la ley, por ser de carácter excepcional, en sentido estricto.

El sistema bancario, frente a la existencia en la sociedad de un interés general, preponderante y superior, está naturalmente llamado a colaborar en la verificación y represión de la evasión tributaria.

³⁴ Echeverría Herrera, Alfredo. **Acceso a la información bancaria para fines tributarios** . El sigilo bancario. Pág. 16

4.5 Entidades facultadas para obtener información bancaria en Guatemala

Como cité anteriormente los bancos están facultados para brindar información de sus cuentahabientes a la Junta Monetaria, al Banco de Guatemala y la Superintendencia de Bancos cuando así lo ordene un juez competente.

Junta Monetaria

Es la autoridad máxima del Banco de Guatemala, tendrá a su cargo la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país y velará por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional.

Está integrada por :

- Presidente (lo será también del Banco de Guatemala);

- Ministros de Finanzas Públicas, Economía, Agricultura;

- Un miembro por el Congreso de la República de Guatemala;

- Un miembro por asociaciones empresariales de comercio , industria y agricultura;

- Un miembro electo por los presidentes de los Consejos de Administración de los bancos privados nacionales y
- Un miembro electo por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Banco de Guatemala

Es el banco central de la República de Guatemala, encargado de centralizar los fondos de los otros bancos del sistema bancario nacional y de emitir la impresión y emisión de la moneda nacional. Es una entidad con patrimonio propio y depende de la Junta Monetaria.

Su estructura se resume así:

- Junta Monetaria;
- Presidente y vicepresidente;
- Gerencia general;
- Gerencia económica;
- Gerencia financiera;
- Gerencia administrativa;
- Gerencia jurídica.

Superintendencia de Bancos

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

La dirección de la misma esta ejercida por la Junta Monetaria (Artículo 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala).

La Superintendencia de Bancos está conformada por:

- Superintendente de Bancos;
- Intendentes;
- Intendencias de Supervisión;
- Intendencias de Estudios Tecnológicos;
- Intendencias de Administración e
- Intendencias de Verificación Especial.

4.6 Responsabilidades por violar la confidencialidad de operaciones

La violación de este precepto jurídico, hace que la persona infractora incurra en responsabilidad civil y penal.

Responsabilidad civil

Esta responsabilidad consiste en incurrir en daños y perjuicios (Artículo 1434 del Código Civil).

Daños

Consiste en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio; daño es el detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra y que afecta a sus bienes.

Perjuicios

Son las ganancias que la víctima deja de percibir a causa del daño. Tanto los daños y perjuicios pueden ser reclamados por el acreedor en este caso sería el cuentahabiente en contra de la persona que violó la norma jurídica y por ende el procedimiento a seguir para poder investigar operaciones bancarias de un depositario.

Responsabilidad penal

Tal como mencioné en el Capítulo III, al revelar información de cualquier índole incluyendo la bancaria sin orden de juez competente se incurre en el delito de revelación de secreto profesional contemplado en el Artículo 223 del Código Penal .

4.7 Análisis jurídico de la confidencialidad de operaciones

“El Artículo 63, reza: Confidencialidad de Operaciones: ...los directores, gerentes, representantes legales, funcionarios y empleados de los bancos, no podrán proporcionar información, bajo cualquier modalidad a ninguna persona individual o jurídica , pública o privada , que tienda a revelar el carácter confidencial de la identidad de los depositantes de los bancos...”

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

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

La confidencialidad de operaciones según nuestra norma jurídica , consiste en que los bancos deben proporcionar información de sus cuentahabientes a la Junta Monetaria, al Banco de Guatemala y a la Superintendencia de Bancos, cuando estas entidades así lo requieran, siempre y cuando hayan tenido una orden de juez competente que les faculte a solicitar dicha información.

En este precepto jurídico surgen obligaciones recíprocas entre el banco y las entidades que solicitan esa información: el banco tiene la obligación de proporcionar los datos de sus depositarios, mientras que la Junta Monetaria, el Banco de Guatemala y la Superintendencia de Bancos la obligación de obedecer la orden de un juez competente cuando éste lo ordene.

Tal como lo establece el Artículo 61 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros “los bancos y los grupos financieros deberán presentar a las Superintendencia de Bancos al final de cada mes y cada ejercicio contable, la información detallada de sus operaciones...”

Cabe mencionar que esta información que los bancos deberán rendir a la Superintendencia de bancos al cabo de cada mes y cada ejercicio contable, no incluye la información de los datos confidenciales y bancarios de una persona.

Cuando el juez competente emita la orden de ser investigado un cuentahabiente, deberá indicar qué operación en concreto desea, es decir, que tipo de transacción y movimiento bancario, de qué mes, de qué año, etc. La orden la enviará a la Superintendencia de Bancos y ésta solicitará la información requerida al banco o bancos del sistema según el caso. (ver cuadro en anexo, página 91.)

La forma de evitar la contravención de las normas referentes a la confidencialidad de operaciones, es mediante un procedimiento que establezca la forma correcta de

obtener información que provenga de las instituciones bancarias, con el objetivo de arrojar luz al proceso a través del cual se debe obtener dicha información de la mejor forma.

Con el fin de establecer un procedimiento a manera de aporte, se efectuó un proyecto así:

- Solicitud por el Ministerio Público, al Juez de primera instancia que controla la investigación;

- Primera resolución en donde se mandan las diligencias a desarrollar;

- Notificaciones;

- Cumplimiento de las diligencias establecidas en el auto;

- Visto Bueno de la Superintendencia de Bancos y

- El banco otorga la información autorizada.

Este precepto jurídico establece como sanción la falta grave para quien no cumpla con los requisitos y el procedimiento a emplearse para obtener datos confidenciales de un depositario en un banco.

Según la Resolución 186-2002 de la Junta Monetaria, respecto a las faltas graves:

Artículo 5. Infracciones graves. “Son infracciones graves aquellas que afectan la situación financiera de la entidad e inciden de manera significativa en su liquidez y solvencia en los depósitos e inversiones en público... considerando como tales las que a continuación se indican: “

- a) Realizar actos u operaciones sin la autorización de la Junta Monetaria o de la Superintendencia de Bancos, cuando así esté establecido en la ley, o sin observar las condiciones establecidas legalmente;
- b) Realizar actos u operaciones prohibidas por la Ley de Bancos y Grupos Financieros y demás leyes que le sean aplicables;
- c) Cualesquiera otras infracciones de igual o similar gravedad que se cometan a las disposiciones legales, reglamentarias y otras que le sean aplicables.

La orden de juez competente, es un requisito obligatorio y coercitivo, ya que no puede ser desobedecida y sin ella tampoco puede ser obligado ningún banco a entregar dicha información.

El juez competente podrá solicitar dicha información sólo en casos en que la parte solicitante justifique fehacientemente que dicha información es necesaria para poder

realizar alguna investigación o comprobar la culpabilidad o inocencia de alguna persona sindicada de algún delito.

Considero que este artículo tiene un gran defecto respecto a que se viola el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, llamado derecho de defensa.

Por qué se viola?, porque la Superintendencia de Bancos, la Junta Monetaria y el Banco de Guatemala solicitan, investigan y cotejan la información de la persona depositaria de un banco y a ésta no se le notifica que está siendo investigada, mientras sus derechos están siendo violados sea cual fuere la causa de la investigación.

Creo conveniente que se notifique a la persona, que está siendo investigada por medio de sus cuentas bancarias, para que sepa que su confidencialidad está siendo investigada e indicarle el motivo de dicha investigación; así ésta podrá pronunciarse al respecto.

También creo conveniente que la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), de alguna manera intervenga en la obtención de información bancaria de una persona que está siendo investigada, para que coteje y verifique la información declarada por los contribuyentes, dando como resultado la prevención del delito de defraudación tributaria establecido en el Artículo 358 A del Código Penal guatemalteco.

El juez competente podrá solicitar dicha información sólo en casos en que la parte solicitante justifique fehacientemente que dicha información es necesaria para poder realizar alguna investigación o comprobar la culpabilidad o inocencia de alguna persona sindicada de algún delito.

4.8 Propuesta de reforma al Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala

Exposición de motivos

La expansión del comercio a nivel mundial, la falta de regulación y ausencia de controles por parte de las entidades estatales, puede generar efectos negativos para los países, como lo sería su aprovechamiento por parte de la delincuencia organizada, toda vez que dicha expansión es propicia para el desarrollo de redes delincuenciales, así como para ocultar a través del comercio, actos ilícitos difícilmente detectables por autoridades.

En la medida que el Estado guatemalteco pueda rastrear e interceptar oportunamente los recursos derivados de actividades ilícitas, podrá evitar que éstos se utilicen para la comisión de otros delitos como lavado de dinero u otros activos y el de defraudación tributaria, cuyos efectos son evidentemente perjudiciales a la economía del país.

El Estado de Guatemala como parte de las medidas adoptadas para la prevención de la comisión de ilícitos como la corrupción, la financiación del terrorismo y otros, ha asumido importantes compromisos con el fin de adecuar el marco legal y obtener una eficiente coordinación entre instituciones gubernamentales, de manera que la información con la que deba contar cada una de ellas contribuya a la optimización de las funciones y obligaciones que le son propias, desde el ámbito de sus respectivas competencias.

Para que la Superintendencia de Administración Tributaria pueda cumplir de mejor manera la administración del régimen tributario, es necesario que cuente con un mecanismo expedito para obtener información cuya naturaleza goza de la confidencialidad que establece el Artículo 63 del Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República, Ley de Bancos y Grupos Financieros, lo que coadyuvará a prevenir la comisión de ilícitos tributarios, tales como la defraudación tributaria.

Adicionalmente, con el objeto de cumplir estándares internacionales y mejorar la imagen de Guatemala ante la comunidad internacional y diversos organismos internacionales, en el sentido de ejercer un estricto control y adoptar las medidas necesarias para prevenir la evasión y la defraudación tributaria, es importante que las entidades financieras puedan rendir información de operaciones y servicios bancarios o financieros de cualquier ente o persona individual o jurídica, siempre que se relacione con asuntos tributarios, ya que actualmente las entidades bancarias y las sociedades financieras tienen prohibición legal para rendir tal información a entidades

distintas de la Junta Monetaria, el Banco de Guatemala o la Superintendencia de Bancos.

Tomando en consideración el principio que determina que el interés social prevalece sobre el interés particular, consagrado en la Constitución Política de la República de Guatemala, deviene imprescindible que la Superintendencia de Administración Tributaria pueda acceder a la información de los usuarios del sistema financiero nacional, para verificar lo relativo al correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias, posibilitando el incremento de la recaudación de tributos que coadyuve al ejercicio de las funciones del Estado en beneficio de la población. Por consiguiente, es necesario expedir la obtención de la referida información por medio de un mecanismo establecido en la ley.

Esta reforma es importante porque permitirá que Guatemala promueva mecanismos de transparencia con el fin de prevenir o erradicar los hechos ilícitos que erosionan el erario nacional en el detrimento de las clases necesitadas.

Prevé a las autoridades, funcionarios y empleados de la Superintendencia de Administración Tributaria estén obligados a guardar la confidencialidad de la información a la cual tengan acceso. La infracción a lo indicado será considerada como falta grave y motivará la inmediata remoción de los que incurran en ella, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales se deriven del hecho.

DECRETO NÚMERO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, mantendrá relaciones de cooperación con otros Estados con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados.

CONSIDERANDO:

Que se debe contar con un marco legal que brinde los mecanismos necesarios para intercambiar información relevante entre entidades gubernamentales de control cuyas funciones precisan de la misma y evitar que la ausencia de información, permita que las operaciones comerciales y financieras sirvan para efectuar actos ilícitos.

CONSIDERANDO:

Que ante las experiencias de vacíos legales y de prácticas institucionales para el control de las actividades comerciales y financieras , en detrimento de los intereses

tributarios o comerciales de los Estados, ha establecido estándares que los Estados deben adoptar en materia de transparencia e intercambio de información, así como de combate a la evasión tributaria y de lavado de dinero y otros activos , razón por la cual se hace indispensable que el Estado de Guatemala adopte en el corto plazo e incorpore en su legislación interna normativa para estos fines.

POR TANTO

En ejercicio de las atribuciones que le confieren las literales a) y c) del artículo 171 y con fundamento en los artículos 149 y 239 , ambos de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

La siguiente:

REFORMA AL ARTÍCULO 63 DE LA LEY DE BANCOS Y GRUPOS FINANCIEROS,
DECRETO NÚMERO 19-2002 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE
GUATEMALA

Artículo 63. Confidencialidad de operaciones bancarias. Salvo las obligaciones y deberes establecidos por la normativa sobre el lavado de dinero u otros activos, los directores, gerentes, representantes legales, funcionarios y empleados de los bancos,

de las sociedades financieras, no podrán proporcionar información, bajo cualquier modalidad, a ninguna persona, individual o jurídica, pública o privada, que tienda a revelar el carácter confidencial de la entidad de los depositantes y de los inversionistas de las mismas, así como las informaciones proporcionadas por los particulares a dichas entidades.

Se exceptúa de la limitación a que se refiere el párrafo anterior, la información que los bancos y las entidades financieras, deban proporcionar a la Junta Monetaria, al Banco de Guatemala, a la Superintendencia de Bancos y a la **Superintendencia de Administración Tributaria**, en este último caso cuando la misma se relacione con asuntos tributarios y sea cursada por medio de la Superintendencia de Bancos; así como la información que se intercambie entre instituciones bancarias.

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

En un plazo de 48 horas de haber ordenado el juez información requerida, el cuentahabiente investigado será **notificado** para que se pronuncie sobre los hechos que se le acusan.

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

Pase al Organismo Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, A LOS VEINTICUATRO DÍAS DEL MES DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL DIEZ.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

CONCLUSIONES

1. En Guatemala hay ineficiencia en cuanto a la inobservancia del secreto bancario, en virtud que durante el desarrollo de la investigación penal no se logra la obtención de la información de la forma adecuada.
2. La degradación del espíritu del Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Bancos y Grupos Financieros, al regular lo atinente a la confidencialidad de operaciones, no encuentra cabida muchas veces por razón de que un procedimiento “más breve” es mejor para el proceso.
3. El concepto de secreto bancario, no es conocido por todos los juzgadores al autorizar determinada información, porque éstos autorizan procedimientos en contra de lo que establecen las leyes, incurriendo en violaciones continuas.
4. Cualquier ente o persona que desee obtener información sobre los datos personales de un cuentahabiente de un banco en específico, no podrá obtenerla si no es mediante el Banco de Guatemala, la Superintendencia de Bancos, previo una orden de juez competente.
5. Es necesario observar lo preceptuado en la norma que regula el secreto bancario, con el objetivo de que exista un proceso penal estricto a los principios que fundan el debido proceso penal guatemalteco, todo mediante la reforma al

que fundan el debido proceso penal guatemalteco, todo mediante la reforma al Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

RECOMENDACIONES

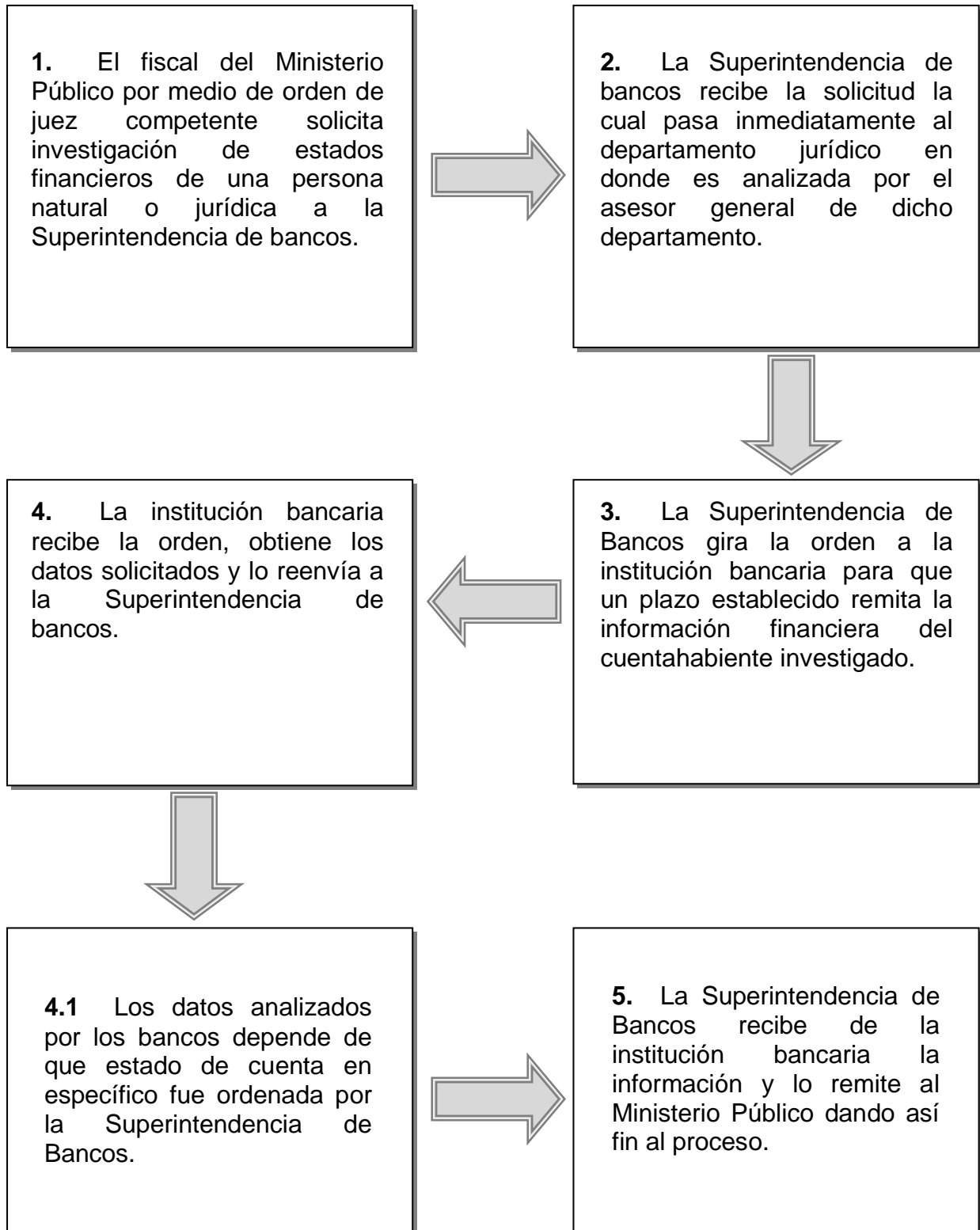
1. El Ministerio Público, debe observar el correcto desarrollo de los procedimientos que vayan encaminados a la obtención de información bancaria, para garantizar que sean obtenidos y aplicados de manera legal, por lo tanto se recomienda brindar capacitación constante al personal del Ministerio Público para que tengan conocimientos adecuados sobre la forma correcta de hacerlo.
2. El Estado debe fortalecer el marco legal respecto de la salvaguarda de los derechos a la intimidad referentes al secreto bancario, mediante drásticas sanciones a todo aquel que contravenga dichas disposiciones legales, para evitar que los estados financieros de los cuentahabientes queden vulnerables en cuanto a su uso.
3. El Estado debe promover, un proyecto de ley que regule de forma extensiva e idónea el secreto bancario para que se desarrollen medidas de prevención con el objeto de obtener el adecuado conocimiento de sus clientes y de las transacciones financieras que éstos realizan.
4. La Superintendencia de Administración Tributaria debe de tener acceso a la información de los usuarios del sistema financiero nacional, para verificar lo relativo al correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias, posibilitando el

incremento de la recaudación de tributos que coadyuve al ejercicio de las funciones del Estado en beneficio de la población.

5. El Estado de Guatemala debe crear en su estructura organizacional interna una dependencia que estudie la figura del secreto bancario desde todas sus vertientes e implicaciones, con el objeto de ofrecerle al país la mejor asesoría para ayudar tanto a fortalecer sus estructuras jurídico institucionales de lucha contra el delito de lavado de dinero, como a la concienciación de la sociedad civil sobre la necesidad de protegerse a sí misma contra este delito.

ANEXO

Procedimiento para obtener información que provenga de instituciones bancarias



BIBLIOGRAFÍA

AZAUSTRE FERNANDEZ, María José. **El secreto bancario (2004)**. Sección: Segunda parte. Fundamentación y naturaleza jurídica.

CÁCERES AHUMADA, Roberto. **Derecho bancario, primer curso**. Editorial Porrúa, México, 2000.

DEL PINAL, Ricardo. **Elementos del derecho bancario**, Editorial Porrúa, México 1996.

ECHEVERRIA HERRERA, Alfredo. **Acceso a la información bancaria para fines tributarios**. El sigilo bancario. Pág. 16

GARRIGUES, Joaquín. Citado por Labanca, Jorge. **El secreto bancario** . Ed. Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1968. Pág. 11

GUTIERREZ, Juan. **Curso de derecho mercantil, bancario y financiero**, Editorial Porrúa, México, 1987.

http://www.alafec.una.mx/asam_cuba/ponencias/audit/audito4.doc (26 de agosto de 2010)

<http://www.consortiumlegal.com/elfindeera.asp> (25 de agosto de 2010)

<http://www.educacionfinanciera.gob.sv/contenido/lavado/faq.html>.(22 de agosto de 2010)

<http://www.sib.gob.gt/web/sib/lavadoactivo/funciones> (20 de agosto de 2010)

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

MALAGARRIGA, Juan Carlos. **El secreto bancario**. Ed. abeledo-perrot. Buenos aires, 1976.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario Jurídico**. Ed. Osorio, 2005. Pág.199.

PALLARÉS, José. **Derecho y secretos profesionales**. Dirección general de publicaciones UNAM, México, 1987

RAMÍREZ VALENZUELA, Alejandro. **Introducción al derecho mercantil y fiscal**. Editorial Limusa, México , 1994.

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

VÁZQUEZ ARMINIO, Fernando. **Derecho social y bancario**. Editorial Porrúa. México, 1997.

VILLEGAS, Carlos Gilberto. **Manual de derecho bancario**. Ed. jurídica ediar-conosur Ltda. Chile, 1987.

Legislación:

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

Código Civil, Decreto Ley 106, gobierno de facto de la República de Guatemala. 1964

Código Tributario, Decreto número 6-91 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Penal, Decreto Ley 17-73 del Congreso de la Republica de Guatemala. 1993.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, gobierno de facto de la República de Guatemala. 1964.

Ley de bancos y grupos financieros y sus reglamentos. Decreto 19-2002 del Congreso de la Republica de Guatemala.

Ley Orgánica del Banco de Guatemala. Decreto 16-202 del Congreso de la República de Guatemala.

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

Ley del Organismo Legislativo, Decreto número 63-94 del Congreso de la República de Guatemala