

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Programa de Actualización y Cierre Académico



**Violación del Secreto Bancario por la Ley de
Extinción de Dominio**

-Tesis de Licenciatura-

Bárbara Mabelle Rosas Solares

Guatemala, mayo 2013

**Violación del Secreto Bancario por la Ley de
Extinción de Dominio**

-Tesis de Licenciatura-

Bárbara Mabelle Rosas Solares

Guatemala, mayo 2013

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector	M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus
Vicerrectora Académica y Secretaria General	M. Sc. Alba Aracely Rodríguez de González
Vicerrector Administrativo	M. A. César Augusto Custodio Cóbar

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano	M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Coordinador de exámenes privados	M. Sc. Mario Jo Chang
Coordinador del Departamento de Tesis	Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla
Director del Programa de Tesis	Dr. Carlos Interiano
Coordinador de Cátedra	M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Asesor de Tesis	Lic. Mario Efraim López García
Revisor de Tesis	M. Sc. Mario Jo Chang

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera Fase

Lic. Ramiro Stuardo López Galindo

Licda. Sandra Lorena Morales

Licda. Carol Yesenia Berganza Chacón

Licda. Nidia María Corzantes Arévalo

Segunda Fase

Lic. Ángel Adilio Arriaza Rodas

Lic. Carlos Ramiro Coronado Castellanos

Lic. Herbert Estuardo Valverde Morales

Licda. Cinthia Samayoa López

Tercera Fase

Lic. Arturo Recinos Sosa

Lic. Omar Rafael Ramírez Corzo

Licda. Nohemí Castillo Alonso

Licda. Cinthia Samayoa López

Licda. Vitalina Orellana y Orellana

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, dos de agosto de dos mil doce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **VIOLACIÓN DEL SECRETO BANCARIO POR LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO**, presentado por **BÁRBARA MABELLE ROSAS SOLARES**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor al Licenciado **MARIO EFRAIM LÓPEZ GARCÍA**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.


M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **BÁRBARA MABELLE ROSAS SOLARES**

Título de la tesis: **VIOLACIÓN DEL SECRETO BANCARIO POR LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO**

El Tutor de Tesis,

Considerando:

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

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

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

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

Por tanto,

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

Guatemala, 10 de octubre de 2012

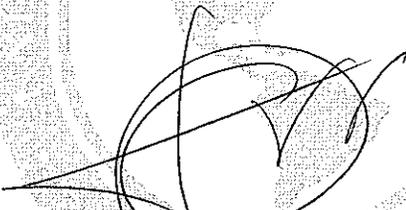
"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Lic. Mario Efraim López García
Tutor de Tesis



UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, once de octubre de dos mil doce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **VIOLACIÓN DEL SECRETO BANCARIO POR LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO**, presentado por **BÁRBARA MABELLE ROSAS SOLARES**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico al Licenciado **MARIO JO CHANG**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.


M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **BÁRBARA MABELLE ROSAS SOLARES**

Título de la tesis: **VIOLACIÓN DEL SECRETO BANCARIO POR LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO**

El Revisor de Tesis,

Considerando:

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

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

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

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

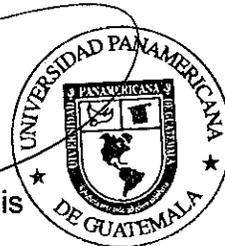
Por tanto,

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

Guatemala, 29 de mayo de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Lic. Mario Jo Chang
Revisor Metodológico de Tesis



DICTAMEN DEL DIRECTOR DEL PROGRAMA DE TESIS

Nombre del Estudiante: **BÁRBARA MABELLE ROSAS SOLARES**

Título de la tesis: **VIOLACIÓN DEL SECRETO BANCARIO POR LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO**

El Director del programa de Tesis de Licenciatura,

Considerando:

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

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

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

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

Por tanto,

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

Guatemala, 09 de abril de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Dr. Carlos Interiano

Director del programa de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **BÁRBARA MABELLE ROSAS SOLARES**

Título de la tesis: **VIOLACIÓN DEL SECRETO BANCARIO POR LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO**

El Director del programa de tesis, y el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

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

Segundo: Que ha tenido a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del director del programa de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención ha llenado los requisitos académicos de su Tesis de Licenciatura, cuyo título obra en el informe de investigación.

Por tanto,

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

Guatemala, 11 de abril de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Dr. Carlos Interiano
Director del programa de tesis Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



Sara Aguilar
c.c. Archivo

Vo. Bo. M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



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

DEDICATORIA/AGRADECIMIENTOS

A Dios.

Por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme brindado la salud y la sabiduría necesaria para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor.

A mi madre.

Por ser el pilar más importante de mi vida y por el gran ejemplo de perseverancia y constancia que la caracterizan, por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, pero más que nada, por el apoyo, la comprensión y amor que me demuestra cada día, sin ti esto no hubiera sido posible mami, gracias de todo corazón, por luchar a mi lado y apoyarme para lograr alcanzar mis metas.

A mi padre.

Por su apoyo, sus consejos, la comprensión y el amor que siempre me ha demostrado.

A mi hermana.

Por ser mi mejor amiga y el ejemplo de una hermana mayor, por su cariño y apoyo incondicional y sobre todo por ser uno de los seres más importantes en mi vida y estar siempre a mi lado guiándome a lo largo del camino.

A mis compañeros.

Por su apoyo ofrecido a lo largo de este camino que con mucho esfuerzo y dedicación logro culminar.

A mis maestros

Aquellos que marcaron cada etapa de mi camino universitario, y que me ayudaron en mi formación académica, en la asesoría y resolución de dudas presentadas en la elaboración de la tesis.

¡Gracias a ustedes!

Índice

Resumen	i
Palabras Clave	ii
Introducción	iii
Ley de Extinción de Dominio	1
Derecho bancario	4
El secreto bancario	9
Análisis de derecho comparado	22
El secreto bancario en la Ley de Extinción de Dominio	33
Conclusiones	43
Referencias	45

Resumen

En la presente investigación se explicó que en Guatemala, por el incremento en los delitos cometidos por el crimen organizado y otras estructuras criminales surgió la Ley de Extinción de Dominio en el artículo 21 de este cuerpo normativo, se estableció el acceso a la información confidencial, el cual se refirió a la potestad que tiene la Superintendencia de Bancos, entre otras entidades, de prestar su colaboración inmediata y de manera gratuita al Ministerio Público, cuando le sean requeridos informes para investigaciones, sin requerimiento de orden judicial. Con ellos se abrieron las puertas a tener acceso a información bancaria de cualquier persona, sin necesidad de orden de juez competente y es en donde surgió la polémica a tratar, con relación a la vulneración del secreto bancario, en virtud que existió contradicción ya que la figura del secreto bancario se encontró tipificada y protegida por leyes ordinarias, la Ley de Bancos y Grupos financieros en el artículo 63 de la Ley, Confidencialidad de operaciones: Los directores, gerentes, representantes legales, funcionarios y empleados de los bancos, no podrán proporcionar información, a ninguna persona, individual o jurídica, pública o privada, que tienda a revelar el carácter confidencial de la identidad de los depositantes de los banco, instituciones financieras y empresas de un grupo financiero, salvo que

mediante orden de juez competente, y también se encontró tipificada y protegida por la Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo 24 protege el derecho a la inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros. Sólo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales. Por lo que se estableció que no solo es un derecho si no también es una garantía constitucional y esta contradicción generó vulneración, dejando como consecuencia la imposición de sanciones de tipo civil, penal, administrativo y bancario, según fue el caso.

Posterior a ello se realizó un análisis de derecho internacional y de derecho comparado entre Guatemala, México y Colombia, donde se determinó que el secreto bancario estaba protegido por tratados internacionales y por las legislaciones de los países antes mencionados, pudiendo establecer que la vulneración al mismo, la cometieron no solo la entidad bancaria o financiera, sino también los empleados o funcionarios de la misma.

Palabras clave

Extinción de dominio. Secreto. Secreto bancario. Consecuencias.

Introducción

La presente investigación es un aporte jurídico-social que tiene efectos positivos dentro del ordenamiento jurídico nacional tanto para el país, para las universidades y para las futuras generaciones de Abogados y Notarios, en virtud que pretende determinar la existencia de vulneración al secreto bancario por la ley de extinción de dominio, el objetivo principal es establecer que si al darse la vulneración al secreto bancario por la ley de extinción de dominio se violan garantías constitucionales y quiénes son los sujetos que cometen dicha violaciones.

La Ley de Extinción de Dominio surge con el objeto de combatir el enriquecimiento ilícito por parte de grupos delictivos, perdiendo en favor del estado los bienes adquiridos de forma ilícita, en el artículo 21, establece que no se requiere orden de juez competente para solicitar informes a la Superintendencia de Bancos, con ello se tiene acceso a información bancaria de las personas y es donde se relaciona con el derecho bancario.

El derecho bancario es la rama del derecho que estudia las relaciones bancarias entre el cliente y los bancos, los que son catalogados como entidades de crédito. Se puede establecer que su objeto primordial es la actividad y organización de las actividades bancarias. Los derechos y obligaciones de los bancos son exhaustivamente amplios, en el presente

caso se hace énfasis en la obligación, de no divulgar la información bancaria del cliente, más conocido como el secreto bancario o sigilo bancario. Dicha obligación no recae únicamente sobre la entidad bancaria, si no también es obligación de todos los empleados, funcionarios y empresas que por razón de prestación de servicios tengan conocimiento de determinada información del cliente.

El secreto bancario se encuentra protegido y regulado en el ordenamiento jurídico nacional, en el artículo 24 de la Constitución Política de la República establece el derecho a la inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros y el artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, cuando regula la Confidencialidad de operaciones, a su vez se realizó un análisis de derecho internacional y de derecho comparado, entre las legislaciones de Guatemala, Colombia y México, estableciendo que la figura del secreto bancario se encuentra también regulada y protegida por tratados y leyes internacionales.

Ley de Extinción de Dominio

En Guatemala, durante los últimos años se ha presentado un incremento en los delitos cometidos por el crimen organizado y otras estructuras criminales por lo que se hizo necesario la creación de una herramienta para luchar contra de estos, razón por la cual el estado ve la importancia y la necesidad de ponerle fin al enriquecimiento ilícito de estas organizaciones criminales y como una alternativa al combate de las mismas surge la iniciativa 4021 que pasaría a convertirse en la Ley de Extinción de Dominio, Decreto 55-2010 del Congreso de la República.

Como establece Ruiz:

La extinción de derechos patrimoniales, como consecuencia directa o indirecta del castigo a una conducta ilícita, no es espontaneo del presente. Como antecedente a la extinción de dominio, por su efecto de extinguir los derechos pecuniarios, la institución de la confiscación. (2011:85)

Por lo anterior se establece que la extinción del dominio tiene como antecedente a la figura del Comiso, que se encuentra regulada en el artículo 42 Código Penal guatemalteco, como una pena accesoria y el cual consiste según lo establecido en el artículo 60 del mismo cuerpo legal "... En la pérdida, a favor del estado, de los objetos que provengan de un delito o falta, y de los instrumentos con que se hubieren cometido, a no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del hecho. Cuando los objetos referidos fueren de uso prohibido o no sean de lícito

comercio, se acordará el comiso, aunque no llegue a declararse la existencia del delito o la culpabilidad del imputado. ...”

El comiso es una pena impuesta a toda persona sometida a un proceso penal, la que es declarada en sentencia, por lo general el proceso tarda años y mientras tanto los bienes y el dinero incautado se deterioran o se pierden, con el objeto de evitar el deterioro y pérdida de estos bienes incautados surge la figura de extinción de dominio, la cual es dirigida contra el patrimonio delictivo con el objeto de disponer de los bienes o ganancias que proviene de actividades ilícitas o delictivas, a favor del estado, sin condena previa ni contraprestación alguna, como se establece en el considerando cuarto de la Ley de Extinción de Dominio.

Objeto de la ley

Establecido previamente en el artículo 1 de la Ley de Extinción de Dominio, “Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de interés social. Esta ley tiene por objeto regular la identificación, localización, recuperación, repatriación de los bienes y la extinción de los derechos relativos al dominio de los bienes, ganancias, frutos, productos o permutas de origen o procedencia ilícita o delictiva a favor del estado; el procedimiento exclusivo para su efectivo cumplimiento; la competencia y facultades de las autoridades para la ejecución de la ley; Las obligaciones de personas jurídicas o individuales que se dedican al

ejercicio de una profesión o actividades susceptibles de ser utilizadas para la transferencia, uso, ocultamiento y circulación de bienes producto de la criminalidad, actos delictivos o ilícitos; Los medios legales que permiten la intervención de las personas que se consideren afectadas por la aplicación de la presente ley.”

Básicamente la Ley de Extinción de Dominio tiene por objeto la recuperación de bienes, obtenidos de forma ilícita, a favor del estado, a través de un procedimiento específico y previamente establecido en este cuerpo normativo.

Definición de Extinción de Dominio

Se entiende por extinción el desaparecimiento de algo y por dominio el poder o potestad que se tiene sobre algo. Cabanellas, establece que extinción es “Cese, cesación, término, conclusión, desaparición de una persona, cosa, situación o relación y, a veces de sus efectos y consecuencias también.” (1993, 160)

Respecto a dominio indica que es “Poder de usar y disponer de lo propio. Poder que uno tiene sobre alguna cosa para percibir sus frutos, excluir a los demás, enajenarla.” Cabanellas, (1993;135)

Cano define a la extinción de dominio: “Como la pérdida de los derechos sobre bienes relacionados con hechos ilícitos de delincuencia organizada, contra la salud, secuestro, robo de vehículos o trata de personas,

mediante un procedimiento jurisdiccional y autónomo del procedimiento penal.” (2011, 48)

Con el objeto de comprender la figura de la extinción de dominio, la que se encuentra regulada en la Ley de Extinción de Dominio en el artículo 2 inciso d establece que “Es la pérdida a favor del estado, de cualquier derecho sobre los bienes mencionados en el literal b del presente artículo, “bienes: son todos aquellos que sean susceptibles de valoración económica, sean estos muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles, tangibles o intangibles, acciones, títulos y valores, cualquier derecho real, principal o accesorio. Igualmente lo serán todos los frutos, ganancias, productos, rendimientos o permutas de estos bienes. Que se encuentren dentro de las causales estipuladas dentro de la presente ley, cualquiera que sea su naturaleza y clase, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular o cualquier persona que ostente o se comporte como tal.”

Derecho Bancario

Los antecedentes más remotos del derecho bancario se encuentran “En Babilonia, desde tres mil años antes de Cristo, durante esta época ya se realizaban operaciones de depósito y de préstamo reservadas al monarca y a los sacerdotes.” Villegas citado por Jiménez (2009:27)

La doctrina señala que “los primeros banqueros surgen con la aparición de la moneda. En Roma se les conocía como *agendari*, tenían comercios en los alrededores de Roma, formando establecimientos que se le denominaría la bolsa romana.” Rodríguez citado por Walker (2001:8)

Walker, establece que el primer Banco de depósito fue el de Venecia, la verdadera expansión de la actividad bancaria se produce en el siglo XVII con la fundación de los bancos alemanes, ingleses y holandeses. (2001:8)

Definición de derecho bancario

Previo a analizar el derecho bancario, se procede a definir la palabra banco. En la legislación guatemalteca no existe un concepto de banco, la Ley de Bancos y Grupos financieros, solo establece en el artículo 2. “... la denominación banco, comprende a los bancos constituidos en el país y a las sucursales extrajeras...” pero en ningún artículo establece un concepto o definición del mismo. Jiménez establece que Banco “es una entidad financiera que se dedica a realizar actividades propias de la banca”. Cuando se habla de banca se hace referencia a un conjunto de entidades financieras. (2006:23)

“El derecho bancario es parte del derecho objetivo que regula las relaciones jurídicas de las entidades de crédito.” Schonle citado por García y Lastres, (1999:244)

Jiménez define el derecho bancario como “El conjunto de normas de derecho público y derecho privado que regulan a los bancos y a sus actividades económicas”. (2009:27)

Walker establece que “el derecho bancario es un conjunto de normas que regulan las entidades financieras, los contratos que ellas celebran, las relaciones con otras entidades y el sistema de control.” (2001:7)

Al Reunir los elementos más importantes de las definiciones anteriores se crea una definición propia, derecho bancario es una rama del derecho público, en virtud de tener relación el estado y las entidades financieras y del derecho privado, por la relación existente entre las entidades financieras y los particulares, compuesta por un conjunto de normas jurídicas, cuyo objetivo primordial consiste en regular la organización, la actividad y las operaciones bancarias de los sujetos de toda relación de esta naturaleza.

Naturaleza jurídica

Cuando se hace referencia a la naturaleza jurídica del derecho bancario, es el hecho de enmarcarlo dentro de una rama del derecho, ya sea pública o privada, García-Pita, Lastre, establecen que “El derecho bancario, como parte del derecho objetivo, no agota su contenido en normas estrictamente mercantiles privadas, sino por el contrario, constituye un

conglomerado de normas de muy diversa naturaleza; normas de derecho privado, pero también normas de derecho público.”(2009:243)

En el Código de Comercio, artículo 12, indica que los bancos, se regirán en cuanto a su forma, organización y funcionamiento, por lo que disponga esta ley, y en cuanto a su constitución y operación se regirá por las leyes especiales aplicables a cada caso. En el primer párrafo del artículo citado se enmarca dentro del derecho privado, por ser de carácter mercantil, mientras al remitirnos a leyes especiales, Ley de Bancos y Grupos Financieros, Ley Monetaria y sus respectivos reglamentos, se enmarca en el derecho público, en virtud de existir una intervención del estado, o de entidades estatales. El derecho bancario es de naturaleza privada en cuanto a su regulación y con relación a su ejercicio es de naturaleza pública, se establece que el derecho bancario tiene una doble naturaleza, o es de naturaleza mixta, por un lado regula las actividades entre el banco y el particular y por el otro el conjunto de disposiciones emitidas por la Superintendencia de Bancos, que es la entidad que el estado ha encargado de velar por el debido cumplimiento de dichas normas, sin quedar fuera de la tutela y del control del estado, como lo establece el artículo 1 de la Ley de Supervisión Financiera.

Fuentes del derecho bancario

Cuando se hace referencia a la fuente del derecho bancario, se tiene como principal objeto establecer de donde proviene esta figura, Rodríguez indica que “por fuentes entendemos, la forma concreta que asume el derecho objetivo vigente en un tiempo y en un país dado, y que se reducen a la ley y a la costumbre.” (1980:5-9)

De habida cuenta de que la actividad y la profesión bancarias están regidas por el derecho mercantil, el Derecho civil, el Derecho administrativo, etc., el denominado derecho bancario, sin duda, tomará prestadas sus fuentes de aquellas diferentes ramas del ordenamiento jurídico, cuyas normas agrupa y sistematiza, en tanto que el derecho de índole profesional. Por consiguiente, en última instancia, habría que aplicarle el régimen general de fuentes que, para cada Ordenamiento jurídico nacional, prevén sus correspondientes leyes. García-Pita, Lastre, (2009:268)

De lo anterior se establece que la fuente directa del derecho bancario es con exclusividad la ley, en virtud de ser un derecho codificado, tiene su propia ley.

Walker (2001:7-8), La fuente del derecho bancario se dividen en dos grupos: fuentes del derecho privado bancario en el que se destaca la costumbre, como resultado de la actividad profesional, recogida luego en las condiciones generales de la contratación y de los contratos que cada una de las entidades celebra con sus clientes. Por otro lado las fuentes del

derecho público bancario que es directamente el estudio de la institución bancaria y las relaciones de éstos con las autoridades de control estatal.

El derecho privado bancario se refiere a la relación que existe entre el banco y sus clientes y el derecho público bancario es la relación entre el banco y las autoridades de control del país, control que es ejercido por la Superintendencia de Bancos, según lo establecido por el artículo 1 y 2 de la Ley de Supervisión Financiera, la Superintendencia de Bancos es el órgano de banca central, organizado conforme a esta ley; eminentemente técnico que actúa bajo la dirección general de la Junta Monetaria y ejerce la vigilancia e inspección del Banco de Guatemala, bancos sociedades financieras, instituciones de crédito, entidades afianzadoras de seguros, almacenes generales de depósitos, casa de cambio, grupos financieros, empresas controladoras de grupos financieros, entre otras.

El secreto bancario

Los antecedentes del secreto bancario se encuentran en el origen mismo de la actividad financiera, según establece Drueta. En efecto, ya en el siglo VII A. de C. en Babilonia las operaciones bancarias que se realizaban eran llevadas a cabo, en un comienzo, por los sacerdotes, quienes en cumplimiento del sigilo sacramental, estaban obligados a no divulgar la información que les era conferida. Cuando se habla de sigilo sacramental se hace referencia a la prohibición de revelar la información

que el sacerdote haya obtenido en confesión o hacer uso de la misma, en beneficio propio de terceros, y será sancionado con excomunión, lo cual se encuentra establecido en el Código de Derecho Canónico en los artículos 983 y 1388.

En Roma la actividad bancaria se remonta al siglo III A. de C., pero recién en la edad media, con los estatutos del banco de San Giorgio en Génova del año 1408, se estableció expresamente el secreto bancario, y se ordenó a todos los funcionarios y subalternos jurar y conservar el secreto en lo concerniente a todos los actos y documentos de la casa bancaria. La organización bancaria moderna que data de fines del siglo XVI, contempló el secreto bancario prácticamente como llega a nuestros días.” (2006: 4-5)

El secreto bancario es una institución muy antigua, sus orígenes provienen directamente del sigilo sacramental, por lo que se establece que estas operaciones estaban muy relacionadas con la religión, ya que de ésta se deriva.

Reseña histórica del secreto bancario en Guatemala

Con el objeto de ubicar la procedencia de esta figura, se establecen los antecedentes históricos de la misma, Supervielle citado por Barbier determina que:

Desde tiempos remotos el banquero y luego la banca fue el confidente y consejero de quienes operaban con él, así el banquero requiere un conocimiento amplio de muchos aspectos íntimos de la vida comercial del cliente y éste debe confiar esos aspectos a aquel (2002:172)

Se realiza una comparación histórica de lo que legislación nacional ha normado relativo al secreto bancario, entre las normas siguientes: decreto 315, decreto 4-2002 y el decreto 19-2002, del Congreso de la República, el último decreto mencionado es el que actualmente se encuentra en vigencia.

En el Decreto 315 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Bancos, no establece nada relativo al secreto bancario, únicamente hace referencia a la rendición de información a la Superintendencia de Bancos y Junta Monetaria. En el Decreto 4-2002 el que fue derogado por el Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, que es la actual Ley de Bancos y Grupos Financieros, se encuentra expresamente regulada la figura del secreto bancario en el artículo 63 que literalmente indica: "...Confidencialidad de operaciones. Salvo las obligaciones y deberes establecidos por la normativa sobre lavado de dinero u otros activos, los directores, gerentes, representantes legales, funcionarios y empleados de los bancos, no podrán proporcionar información, bajo cualquier modalidad, a ninguna persona, individual o jurídica, pública o privada, que tienda a revelar el carácter confidencial de la identidad de los depositantes de los bancos, instituciones financieras y empresas de un

grupo financiero, así como las informaciones proporcionadas por los particulares a estas entidades.”

Se tiene como excepción la limitación a que se refiere el párrafo anterior, la información que los bancos tienen la obligación de proporcionar a la Junta Monetaria, al Banco de Guatemala y a la Superintendencia de Bancos, así como la información a que se refiere el presente artículo, salvo que medie orden de juez competente.

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

El Decreto 19-2002 del Congreso de la República, Ley de Bancos y Grupos Financieros, es la norma vigente, en el artículo 63 establece: “...Confidencialidad de operaciones. Salvo las obligaciones y deberes establecidos por la normativa sobre Lavado de Dinero u Otros Activos, los directores, gerentes, representantes legales, funcionarios y empleados de los bancos, no podrán proporcionar información, bajo cualquier modalidad, a ninguna persona, individual o jurídica, pública o privada, que tienda a revelar el carácter confidencial de la identidad de los depositantes de los bancos, instituciones financieras y empresas de un grupo financiero, así como las informaciones proporcionadas por los particulares a estas entidades.

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

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

La única diferencia existente entre el artículo 63 del Decreto 4-2002 y el artículo 63 del Decreto 19-2002, es que se adicionó la prohibición que tienen los miembros de la Junta Monetaria y autoridades y empleados del Banco de Guatemala y Superintendencia de Bancos para revelar la información a la cual tienen acceso por disposición de la misma ley. Es de hacer notar que la figura del secreto bancario se regula en nuestra normativa hasta el año 2002, pero se ha reconocido y respetado desde mucho tiempo atrás a través de la costumbre.

El artículo 2 del Decreto 2-89 “Ley del Organismo Judicial” en establece: “...La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte aprobada.” Por lo anterior, el Secreto Bancario se ha aplicado desde hace mucho tiempo por la costumbre.

Definición del secreto bancario

Previo a definir el término secreto bancario se establece, de donde surge la palabra secreto, según el diccionario de la Real Academia Española proviene: “...del latín *sertum* que significa lo oculto, lo ignorado, lo desconocido, el cual es una derivación del verbo *secernere* que significa segregar, separar, apartar. El secreto es lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto.” (1984: 1227)

Estando claro qué es el secreto, se puede definir al secreto bancario, Vergara establece que es “la obligación impuesta por los bancos de no revelar a terceros sin causa justificada los datos referentes a los clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan.” en síntesis, es la obligación que tiene el banco de no divulgar los datos de los clientes a terceras personas. (1990:20)

Jiménez establece que el secreto bancario es: “una obligación jurídica. De acuerdo con el derecho positivo español, su fundamento radica en una disposición legal, en sentido material.” en otras palabras se refiere a que el secreto bancario es una obligación jurídica previamente establecida dentro del ordenamiento jurídico español, encontrándose normada la obligatoriedad de su cumplimiento. (2010:59)

Vergara, a su vez indica que:

El secreto bancario es una institución en virtud de la cual los bancos están obligados a mantener estricta reserva y actuación de todos los antecedentes de sus clientes y que hayan conocido como consecuencia de sus relaciones con éstos, esta obligación cesa ante el mismo cliente o por causas legales. (1990:20)

Dentro de esta definición el elemento relevante, es el cese de la obligación de guardar el secreto bancario, por parte de la entidad bancaria, y esto se da cuando el cliente autoriza la revelación de determinada información a terceras personas o por causas legales, como podría serlo una orden de juez competente.

Con base a las definiciones anteriores se puede establecer un concepto propio, el secreto bancario es la obligación impuesta por la ley a los banqueros de no revelar a terceros la información que les ha sido proporcionada por los clientes; en el ejercicio de una profesión, lo cual constituye el secreto profesional y la violación del mismo tiene como consecuencia sanciones penales contenidas en el artículo 223 del Decreto

17-73 Código Penal establece: “... Quien, sin justa causa, revelare o empleare en provecho propio o ajeno un secreto del que se ha enterado por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, si con ello ocasionare o pudiere ocasionar perjuicio, será sancionado con prisión de seis meses a dos años o multa de cien a un mil quetzales.” El secreto bancario tiene la doble función como una obligación de ser respetado y como un derecho irrenunciable por las partes.

Elementos del secreto bancario

Los elementos del derecho bancario se dividen en: objetivo y subjetivo, Druetta establece que el elemento objetivo es el que determina el objeto de la protección al secreto bancario, ¿qué es lo que protege el secreto bancario? y el elemento subjetivo es el de determinar ¿quiénes son sujetos activos y pasivos de la obligación?

Elemento objetivo

La postura que la mayoría de la doctrina sostiene en la actualidad, apunta a que la información sujeta al secreto, son todas aquellas noticias, datos o información precisa, referida al nombre, domicilio, estado civil, documentos, declaraciones de bienes, que se hagan a la esfera del negocio bancario-financiero y al fuero íntimo del cliente y que además

obren en poder de la entidad financiera con motivo del negocio, y que la revelación de la misma pueda afectar al cliente en sus intereses.

Elemento subjetivo

Son los sujetos que intervienen en la obligación, los cuales pueden ser sujetos activo y sujeto pasivo.

Sujeto activo

Son todas las personas que tiene derecho a exigir el cumplimiento del secreto bancario y a solicitar la sanción en caso de violación del mismo, es el llamado cliente del banco, cuando se habla de cliente, se hace referencia específicamente a la persona que acude a una institución financiera con el objeto de celebrar una determinada operación bancaria.

Sujeto pasivo

La obligación del secreto bancario corresponde directamente a quienes desarrollan la actividad bancaria, por lo tanto pareciera que es a un banco al que le sería exigible su cumplimiento. Con anterioridad, al definir el derecho bancario, se estableció que banco es una entidad financiera que

realiza actividades propias de la banca y que dentro de ordenamiento jurídico vigente, no se regula ningún concepto.

Por lo que al analizar los elementos ya antes expuestos se establece Banco es una institución autorizada por la ley que tiene como actividad comercial la intermediación de crédito otorgando préstamos a quien le falta capital y obteniendo como ganancia un interés, el cual es impuesto por la junta monetaria, para financiarse recibe capitales en depósitos. (2005:12-21)

Naturaleza jurídica del secreto bancario

La naturaleza jurídica del secreto bancario depende de la adecuación que se haya hecho en el derecho de cada país. En Guatemala, al ubicarlo en el artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, se afirma que se trata de una responsabilidad impuesta por la ley a los directores, funcionarios y empleados de las instituciones bancarias se toma en cuenta la Información que con carácter de confidencial fue comunicado al banco o que al mismo se hubiere tratado conjugándose elementos tanto del derecho público como del privado.

La complejidad de la obligación impuesta al elemento humano y a los bancos de observar ese secreto, se percibe su carácter de derecho público ya que le corresponde a los órganos del estado establecer la norma jurídica que impone una responsabilidad de confidencialidad y por otro

lado, nace un derecho subjetivo del cual se puede exigir su cumplimiento y a su vez obtener un resarcimiento económico. Por lo que podemos encuadrar el secreto bancario no solamente en el campo del derecho público, sino que a la vez se ubica dentro del derecho privado. Por lo que se puede establecer que el secreto bancario, al igual que el derecho bancario, tiene una naturaleza jurídica mixta, por ser parte del derecho público y del derecho privado.

Características del secreto bancario

Sintetizando algunas de las características más relevantes del secreto bancario citadas por Vergara, No todos los ordenamientos jurídicos se establecen disposiciones legales sobre la existencia del secreto bancario; El secreto bancario tiene un carácter interdisciplinario en virtud que podríamos equivocarnos y pensar que es de materia mercantil su estado, pero al profundizar en el análisis se establecen las relaciones estrechas con el derecho tributario, administrativo procesal civil, constitucional, entre otros; Es una figura que no solo envuelve deberes morales si no que también jurídicos; Es una obligación de no hacer. Como se encuentra tipificado en el Código Civil guatemalteco en el artículo 1326. (1990:20-22)

Justificación jurídica del secreto bancario

Al hablar de justificación se hace referencia a buscar el fundamento de la obligación de guardar el secreto bancario. (Vergara, 1990:23-26) establece que la obligación radica en guardar el secreto de los clientes por parte de los bancos, responder donde se origina y el porqué de esta obligación. Existen varias doctrinas que ayudan a responder estas preguntas, las que se exponen a continuación:

Teoría de los usos y la costumbre.

Esta Teoría se fundamenta en el uso tradicional por la banca de mantener reserva sobre los negocios del cliente, lo cual ha terminado por ser habitual y se ha convertido en una costumbre jurídica.

“Los fundamentos sostenidos por una parte de la doctrina italiana considera que el secreto bancario se hace obligatorio en virtud del uso, tradicional y universalmente utilizado en los bancos.” (Druetta, 2005:9)

El secreto bancario se extiende a las entidades que por la misma actividad bancaria acuerdan el conocimiento de hechos o información del cliente como los son los bancos corresponsales, auditoría externa contratada por el banco empresas de servicios, entre otras”, por lo que el secreto debe de ser guardado por el personal de la entidad bancaria. (Walker, 2001:25)

“Hay que tener claro que unas de las características principales de la obligación de guardar el secreto es la indeterminación en el tiempo”, la obligación no concluye con la finalización del negocio ni con la extinción de la relación laboral. (Walker, 2001:26)

Esta teoría afirma que la fuente del secreto bancario es la costumbre, teoría que encuentra su fundamento legal en el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial se establece: ...”La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada...” Quedando establecido que a falta de regulación legal se podrá acudir a la costumbre.

Teoría del secreto profesional.

El secreto profesional se entiende como la obligación que tiene algunos profesionales de no divulgar cierta información que ha sido recibida de sus clientes.

El secreto bancario se considera un secreto profesional como establece esta teoría, dada la especial relación que se establece con el banquero, caracterizada necesariamente como un elemento de confianza recíproca, común a las más clásicas situaciones profesionales garantizadas por el secreto. Centone citado por (Vergara, 1990:26)

Los países que han adoptado esta posición, lo han hecho con el objeto de sancionar la revelación del secreto bancario. El secreto bancario en Guatemala se establece como secreto profesional, según lo tipificado en el artículo 1668 del Código Civil. “El profesional es responsable por los daños o perjuicios que cause por ignorancia o negligencia inexcusables, o por divulgación de los secretos que conoce con motivo de su profesión.”

Análisis de derecho comparado

A continuación se realiza una comparación de diversos ordenamientos jurídicos, con el objeto de establecer similitudes y diferencias entre la normativa interna de Guatemala, algunos tratados internacionales y las leyes internas de Colombia y México, con respecto a la figura del secreto bancario.

El secreto bancario en la normativa internacional

Con la finalidad de comprender mejor la institución del secreto bancario se realiza un análisis de la normativa internacional en general. El Grupo de Acción Financiera Internacional, GAFI, es un cuerpo inter gubernamental cuyo propósito es el desarrollo y promoción de las políticas nacionales e internacionales para combatir el lavado de dinero y

el financiamiento del terrorismo.

<http://administradorfinanciero.wordpress.com/prevencionlavadoactivos/>

Guatemala 10 de enero 2013. Recuperado 20.01.2013.

El GAFI ha publicado varias recomendaciones para alcanzar este objetivo. En la recomendación número 14 inciso a y en la número 28 se encuentra establecido el secreto bancario. “...14. Las instituciones financieras, sus directores, funcionarios y empleados deberían: a. estarán protegidos por medio de disposiciones legales respecto de la responsabilidad penal y civil por incumplimiento de alguna restricción referida a la divulgación de información impuesta por contrato o por disposición legal, reglamentaria o administrativa, en el caso de que reporten sus sospechas de buena fe a la Unidad de Inteligencia Financiera, UIF, aún así si no supieran exactamente cuál era la actividad ilegal e independientemente de si esa actividad ilegal tuvo lugar efectivamente...”

No se menciona expresamente la figura del secreto bancario, es claro en señalar que las instituciones financieras, sus directores, funcionarios y empleados deben contar con una protección legal para poder violar el secreto bancario y rendir información, cuando de buena fe, exista sospecha de transacciones u operaciones ilícitas, la problemática surge, cuando se pretenda establecer la buena fe o mala fe de la persona, esta

norma se encuadra en la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 22 establece: “...Primacía del Interés Social. El interés social prevalece sobre el interés particular.” Cuando exista alguna persona realizando ilícitos, u operaciones sospechosas no puede respaldarse en el secreto bancario para ocultar sus actuaciones, prevalece el interés social de luchar contra cualquier ilícito o sospecha, pero con ello no se da derecho a la divulgación de información bancaria del cliente, la cual está catalogada como información confidencial, y ha sido obtenida por razón del cargo que se desempeña, por lo que se debe guardar el secreto profesional, y para poder obtener información bancaria de cualquier persona se requiere de orden judicial.

La recomendación número 28 establece: “Cuando se llevan a cabo investigaciones de lavado de activos y de los delitos subyacentes sobre los que aquel se funda, las autoridades competentes deberían estar en condiciones de obtener documentos e información para emplearlos en esas investigaciones, y en los procesos judiciales penales y acciones relacionadas. Ello debería incluir facultades para emplear medidas compulsivas para la presentación de registros por parte de las instituciones financieras y otras personas, para el registro de personas y de locales, y para embargar y obtener pruebas...”

Es importante resaltar que la recomendación antes citada se refiere únicamente a las autoridades que administran la justicia, y que tengan la potestad de requerir y obtener la información de las instituciones financieras, con el objeto de no tener obstáculos para la obtención de pruebas y medidas necesarias en la lucha contra el lavado de dinero y financiamiento del terrorismo. Esta recomendación enmarca lo establecido por el artículo 63 de La Ley de Bancos y Grupos Financieros, en el apartado donde establece que se pondrá a la vista la información sujeta a secreto bancario, si existe orden previa de juez competente.

En el artículo 7 del Manual de Asistencia Judicial Recíproca establece en el numeral 5 “... las partes no invocarán el secreto bancario para negarse a prestar asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo.” La norma citada se refiere a la reciprocidad entre estados, es decir, las partes prestarán asistencia judicial recíproca en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a delitos tipificados como lavado de dinero y financiamiento del terrorismo”. (2012:22)

En la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas se encuentra normado en el artículo 5, denominado Decomiso, establece: numeral 3 “...a fin de dar aplicación a las medidas mencionadas en el presente artículo, cada una de las partes facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes a

ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Las partes no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.” En síntesis se requiere de una orden de juez competente para exigir se tengan a la documentos bancarios o que estos puedan ser incautados por autoridades que los requieran, esta norma coincide con lo regulado por la ley guatemalteca.

Regulación legal del secreto bancario en Colombia

El Estatuto Orgánico del Mercado Financiero EOSF de Colombia en el pasado no tipificaba de manera directa la figura del secreto bancario, no obstante, en el año 2003, la Ley 795, la cual entra a modificar el artículo 72 del EOSF, señaló como regla de conducta y obligaciones legales de las entidades financieras, abstenerse de utilizar indebidamente o divulgar información sujeta a reserva, por lo que actualmente el secreto bancario goza de una mención concreta en el EOSF.

La reserva bancaria en Colombia es una figura amparada por los derechos constitucionales a la intimidad, según lo establecido en el artículo 15 Constitución Política y fundamentada en el principio del secreto profesional.

En Colombia según lo establecido en el artículo 23 de la Ley 795, la reserva bancaria o sigilo bancario, es considerado como una de las garantías más valiosas con que cuentan los clientes del sistema financiero, no resulta oponible a las solicitudes de información efectuadas por la justicia o las autoridades competentes, con el cumplimiento de las formalidades legales. La reserva bancaria es el deber que tienen los funcionarios de las entidades financieras de guardar discreción sobre los datos de sus clientes, que conozcan por razón de su profesión.

Regulación legal del secreto bancario en México.

Todas las disposiciones legales referentes al secreto bancario en México, se encuentran contenidas en diversos cuerpos normativos, entre los que resalta mencionar: la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, del 15 de junio de 1943, ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito del 31 de diciembre de 1982 y la Ley de la Procuraduría General de la República de México.

La Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares en el artículo 103 establece: “Las instituciones depositarias, se pondrán dar noticias de los depósitos y demás operaciones, sino al depositante, deudor o beneficiario, a que sus representantes legales o a quien tenga poder para disponer de la cuenta o para invertir en la operación; salvo

cuando las pidiere la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el depositario sean parte o acusado y las autoridades hacendarias federales, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, lo soliciten para fines fiscales. Los funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables en los términos de la ley, por violación del secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación de secretos a reparar los daños y perjuicios que causa.”

El artículo antes mencionado establece la prohibición de proporcionar información de cuentas bancarias a terceros no autorizados, se tiene como excepción que exista orden de juez competente, siempre que el objeto de la litis sea de índole fiscal, esta es una diferencia en cuanto a lo legislado por Colombia y Guatemala, en virtud que ambos países no delimitan el motivo de la litis.

El artículo 39 de la Ley Reglamento del Servicio Público de Banco y Crédito también afirma: “El hecho que el, secreto bancario es consubstancial al desempeño de la banca, tanto que ni siquiera una acción gubernativa que saca de la esfera particular sea actividad y la signe monopólicamente el estado, es suficiente fuerte para derogar el sigilo; este acompaña a la banca, la desempeñe quien la desempeñe.” El secreto bancario es una figura protegida por la normativa mexicana, lo que hace de cumplimiento obligatorio, estableciéndola dentro del cuerpo

legal como un derecho irrenunciable e inderogable, la legislación guatemalteca no contempla la inderogabilidad de esta figura, pero la convierte en una garantía constitucional por tener esta su origen en la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que es inviolable, salvo las excepciones que establece la ley.

Regulación legal de secreto bancario en Guatemala

El secreto bancario es un deber principal que se presenta en las relaciones comerciales entre los bancos y que surge de las relaciones entre los bancos y sus clientes, el cual obliga a las entidades bancarias a no divulgar o a no revelar la información sobre sus clientes y las operaciones que ha realizado o ha estado a punto de realizar. Es importante aclarar que el deber de discreción se origina desde el momento en que el cliente deposita en un banco su confianza, consistente en guardar discreción sobre la información que recibe en ejercicio de su actividad, para hacer efectivo el derecho fundamental de los ciudadanos a su intimidad, confidencialidad, respecto de la individualidad de la persona, que protege la constitución política y que forman parte de los derecho humanos.

En Guatemala, el artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, señala que los directores podrán ejercer su función directoria con absoluta independencia, pero bajo su propia responsabilidad manteniéndose dentro de las normas de ley, estatutos y reglamentos.

Esta responsabilidad radica en la no divulgación de datos e informe confidenciales ni el aprovechamiento de estos informes para fines personales o en perjuicios de terceros. Incurrirán asimismo en responsabilidad los que revelen o divulguen cualquier información confidencial sobre asuntos comunicados al banco o que dentro de él se hubiere tratado, y quienes aprovecharan tal información. También hay que tomar en consideración la información que requieren las autoridades en uso de sus atribuciones legales y el intercambio corriente de informes confidenciales entre banco o instituciones similares para el exclusivo propósito de proteger las operaciones de cada institución.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo 24, establece lo relativo a “la inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros. La correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables. Sólo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales. Se garantizan el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas caligráficas y otros productos de la tecnología moderna.” Se encuentra una excepción al secreto bancario y

se presenta cuando aparece la orden de un Juez competente, en donde se autoriza expresamente divulgar determinada información a determinada persona o entidad.

De igual manera se encuentra regulado el sigilo profesional en el artículo 223 del Código Penal se establece: “...quien sin justa causa, revelare o empleare en provecho propio o ajeno un secreto del que se ha enterado por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, si con ello ocasionare o pudiere ocasionar perjuicio, será sancionado con prisión de seis meses a dos años o multa de cien a un mil quetzales.” Todos los empleados bancarios por razón de su oficio, tiene acceso a la información del cliente por lo que tienen la obligación de respetar el secreto bancario, y no divulgar la información que les sea proporcionada en el ejercicio de sus funciones.

En la Ley de Acceso a la Información Pública establece en el artículo 9 inciso 5 el concepto de “Información confidencial: es toda información en poder de los sujetos obligados que por mandato constitucional, o disposición expresa de una ley tenga acceso restringido, o haya sido entregada por personas individuales o jurídicas bajo garantía de confidencialidad.” Se hace mención de este cuerpo legal en virtud que en esta norma encajaría el secreto bancario por ser información confidencial, tal y como lo establece taxativamente el artículo 22 de este mismo cuerpo legal “Información confidencial. Para los efectos de esta

ley se considera información confidencial la siguiente...2. La expresamente definida como confidencial en la Ley de Bancos y Grupos Financieros...”

Del artículo se toma en consideración que cuando se refiere a la entrega de información a personas individuales o jurídicas, con garantía de confidencialidad, se hace referencia a todas aquellas personas que no sean trabajadores de la entidad bancaria, pero que por su profesión presten algún servicio a la misma, por ejemplo auditoría externa, tiene la obligación de guardar el secreto bancario y no divulgar ningún tipo de información.

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

Se presenta otra excepción al secreto bancario, en virtud que la ley obliga a las entidades bancarias a proporcionar informes, a la Junta Monetaria y a la Superintendencia de Bancos, sin incurrir en ninguna violación al secreto bancario, quienes tienen la obligación de no divulgar la información obtenida, de lo contrario se considera 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, tal y como lo establece el artículo antes citado.

La ley es amplia en el resguardo al secreto bancario, impone sanciones y penas a la violación del mismo, por lo que es obligatoria la discreción para todo funcionario o empleado bancario, la entidad como tal y las personas individuales o jurídicas que prestan sus servicios al mismo.

El secreto bancario en la ley de extinción de dominio

En el artículo 21 de la Ley de Extinción de Dominio establece “Acceso a la información oficial. La Superintendencia de Administración Tributaria, la Superintendencia de Bancos, el Registro General de la Propiedad, el Registro Mercantil, el Registro de la Propiedad Intelectual, el Registro de Garantías Mobiliarias, las Municipalidades y cualquier otra entidad pública, deberán prestar su colaboración inmediata y de manera gratuita al Ministerio Público, cuando les sean requeridos informes para la investigación de la materia regulada en la presente ley,

sin necesidad de orden judicial. Para dichos efectos, las instituciones enumeradas podrán celebrar convenios con el Fiscal General y Jefe del Ministerio Público para la colaboración y asistencia en la investigación, así como para el acceso directo en forma inmediata o automática a la información que posean en virtud de sus atribuciones legales, cualquiera que sea su soporte.”

En el artículo antes mencionado, de la Ley de Extinción de Dominio se establece taxativamente que no se requiere de orden de juez competente, para la obtención de la información bancaria, y es en donde se presenta la violación al secreto bancario, en virtud que el banco está autorizado a brindar informes de un cuentahabiente sin que un juez lo ordene previamente, contradiciendo lo establecido por el artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, en donde se establece que requiere orden de juez competente para brindar información financiera de una persona, por lo que la responsabilidad, por la violación del secreto bancario, en este caso recaería sobre el banco y sobre los empleados de los mismos, en virtud de que en el artículo 156 Constitución Política de la República de Guatemala, se establece. “No obligatoriedad de órdenes ilegales. Ningún funcionario o empleado público, civil o militar, está obligado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que impliquen la comisión de un delito.” La obligación de guardar el secreto bancario recae sobre el banco, generando responsabilidad para la entidad y para

las personas físicas que laboran para el mismo, como lo establece el artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros. Y al efectuar un análisis taxativo de la normativa interna del país, se establece que esta responsabilidad jurídica puede ser: penal, civil y administrativa.

Consecuencias penales

Esta clase de responsabilidades, recaen sobre las personas físicas que los representan directores, administradores, consejeros y los funcionarios y empleados que laboran para las instituciones bancarias, como lo establece el artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, y ellos pueden ser sujetos activos del delito de violación del secreto profesional, sin perjuicio de la responsabilidad civil y administrativa de la entidad. Las figuras penales que describen este delito, lo tipifican de diverso modo, según la normativa interna guatemalteca. El Código Penal guatemalteco artículo 223, regula la revelación de secreto profesional. “Quien sin justa causa, revelare o empleare en provecho propio o ajeno un secreto del que se ha enterado por razón de sus estado, oficio, empleo, presión o arte, sin que ello ocasionare o pudiere ocasionar perjuicio, será sancionado con prisión de seis meses a dos años o multa de cien a un mil quetzales.”

El banquero y los empleados que prestan sus servicios a la entidad bancaria tienen calidad de profesional, es responsable de dicho delito, en virtud de que por razón de su empleo se ha tenido conocimiento de datos contables de su cliente, para poder aprovecharlo en beneficio propio o de terceras personas.

En el artículo 67 de la Ley de Acceso a la Información Pública se establece que la “Revelación de información confidencial o reservada. El servidor, funcionario o empleado público que revelare o facilitare la revelación de información de la que tenga conocimiento por razón del cargo y que por disposición de ley o de la Constitución Política de la República de Guatemala sea confidencial o reservada, será sancionado con prisión de cinco a ocho años e inhabilitación especial por el doble de la pena impuesta y multa de cincuenta mil a cien mil Quetzales.”

La persona nacional o extranjera que tiene la obligación de mantener en reserva o confidencialidad datos que por disposición de ley o de la Constitución Política de la República de Guatemala incurra en los hechos del párrafo anterior será sancionada de la misma forma. La sanción penal se aplicará sin perjuicio de las responsabilidades civiles correspondientes y los daños y perjuicios que se pudieran generar por la revelación de la información confidencial o reservada.”

En la rama penal, la violación al secreto bancario se tipifica como violación al secreto profesional y como revelación de información confidencial, en ambos casos existe una pena principal, prisión y una pena accesoria, multa.

Consecuencias Civiles

Las consecuencias que se derivan de la violación al secreto bancario, son producto de la responsabilidad que pesa sobre toda institución bancaria, director, consejero administrador, funcionarios y empleados bancarios, como ya se estableció con anterioridad, se tiene en cuenta que también es responsabilidad del banco si la deslealtad ha sido obra de un tercero ajeno a la entidad, a quien se le permitió el acceso al secreto, como por ejemplo auditoría externa.

Con anterioridad se determinó que se está ante una obligación de no hacer, la de no divulgar el secreto bancario, y la violación del mismo, hace incurrir al obligado, al resarcimiento de daños y perjuicios de la persona afectada, por el solo hecho de la contravención, norma contenida en el artículo 127 del Código Civil. La obligación de no hacer implica un acto negativo, una abstención por parte de la entidad bancaria.

En el Código Procesal Civil y Mercantil, en los artículos 336 y 338, se establece el procedimiento de la ejecución en caso se quebrante una obligación de no hacer. El juez fijará un término para reponer las cosas

en el estado anterior, pero en el caso de la divulgación del secreto bancario esto no es posible, se procederá al embargo de bienes por los daños y perjuicios causados, por el banco al cliente, fijando provisionalmente el juez el monto de los mismos si hubiera oposición por alguna de las partes, podrá rendirse prueba, por el procedimiento de los incidentes.

El artículo 1646 del Código Civil, establece que el responsable de un delito doloso o culposo está obligado a reparar a la víctima de los daños o perjuicios que le haya causado, aun cuando han sido exentos de responsabilidad penal este no se libera la responsabilidad civil, así, es como lo contempla el artículo 1647 del Código Civil. Cuando son empleados bancarios los que cometen una acción que ocasione perjuicio a un cliente, es aplicable el artículo 1663 del Código Civil, que establece que son los patronos y los dueños de los establecimientos mercantiles o industriales, responder por los daños o perjuicios que causen sus empleados y demás trabajadores en actos del servicio. Situación que es respaldada por el artículo 1654 del Código Civil que establece: las personas jurídicas son responsables de los daños o perjuicios que causan sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones.

En cuanto a las personas jurídicas el artículo 1668 del Código Civil, hace mención que el profesional es responsable por los daños o perjuicios que cause por ignorancia o negligencia inexcusable, o por divulgación de los

secretos que conocen con motivos de su profesión. Y quedando establecido que el banquero es un profesional de la actividad bancaria, le es aplicable este precepto legal.

Existe una responsabilidad civil por cualquier daño y perjuicio que se ocasione a tercera persona ya sea derivada de una acción dolosa o culposa, responden los patrones, dueños, como representantes legales, en forma conjunta con el responsable directo de la violación del secreto bancario.

Consecuencias administrativas

La responsabilidad administrativa se genera por los órganos estatales de control o supervisión de la actividad bancaria. En Guatemala, las sanciones administrativas se encuentran establecidas por la Ley de Bancos y Grupos Financieros y la Constitución Política de la República.

El fundamento del secreto bancario se encuentra en la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 24, el cual establece: “La correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables. Sólo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales. Se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, caligráficas y otros productos de la tecnología moderna.

Los libros, documentos y archivos, que se relacionan con el pago de los impuestos, tasas, arbitrios o contribuciones, podrán ser revisados por la autoridad competente de conformidad con la ley. Es punible revelar el monto de los impuestos pagados, utilidades, pérdidas, costos y cualquier otro dato referente a las contabilidades revisadas a personas individuales o jurídicas, con excepción de los balances generales cuya publicación ordena la ley. Los documentos o información obtenidos con violación de este artículo no producen fe ni hacen prueba en juicio.”

El artículo anterior se aplica en virtud que la Junta Monetaria y la Superintendencia de Bancos son los órganos fiscalizadores de las entidades bancarias, en caso de divulgación de la información contenida se puede proceder penalmente por ese acto que es constitutivo de los delitos, que se están regulados en el Código Penal en los artículos 223 revelación del secreto profesional.

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

se tiene presente que los datos que el cliente proporciona al banco son datos confidenciales.

Consecuencias bancarias

La obligación de guardar el secreto bancario es una de los deberes del banquero. Cuando la violación proviene de los empleados de la institución bancaria, ésta tiene el derecho de deducir responsabilidad sobre quienes resulten responsables.

El Código de Trabajo y Previsión Social en el artículo 63 establece “obligaciones de los trabajadores...g. Guardar los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente con tanta más fidelidad cuando más alto sea el cargo del trabajador o la responsabilidad que tenga guardarlos por razón de la ocupación que desempeña, así como los asuntos administrativos reservados cuya divulgación pueda causar perjuicio a la empresa...” El artículo 77 en su inciso d establece: “...Cuando el trabajador cometa algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio del patrono de algunos de sus compañeros de trabajo o en perjuicio de un tercero en el interior del establecimiento. El artículo 77 inciso e establece: “...cuando el trabajador revele los secretos que alude el inciso g del artículo 63 del mismo cuerpo legal citado...”

La vulneración del secreto bancario, por parte del banco, empleados o funcionarios del mismo o terceras personas que hayan tenido acceso a la información por relaciones laborales trae como consecuencia repercusiones de diversa índole, con el objeto de salvaguardar el derecho a la intimidad del cliente. La información puede ser divulgada, sin que exista violación a derechos o garantías, sin que sea tipificado como delito o que sea susceptible de resarcimiento de daños o perjuicios, siempre que exista una orden de juez competente que la solicite o autorice previamente.

Conclusiones

La importancia de la reserva y discreción en el manejo de la información financiera de los clientes por parte de los bancos, crea confianza la que sustenta su condición de canal esencial a la acción económica del país.

El secreto bancario permite la estabilidad de los sistemas bancarios, al haber confianza entre el cliente y la entidad bancaria, el cliente mantendrá su dinero y realizará sus operaciones con los bancos, bajo el entendimiento de que éstos no proporcionarán informes, salvo que exista orden de juez competente.

El secreto bancario resguarda el respeto y la protección de las cuestiones privadas, en función de la confianza que las personas tengan con el banco, y la violación del mismo trae como consecuencia responsabilidad civil, penal y administrativa la que recae sobre los funcionarios o empleados de la institución bancaria, no sobre la institución específicamente.

El secreto bancario es imprescindible para el desarrollo de una banca financiera fuerte, tan necesaria para la evolución económica de un país, el mismo puede servir de excusa para encubrir fraudes o movimientos financieros desdeñables, con lo cual el importante desafío de los legisladores y de los jueces, encargados estos últimos de la sublime tarea de aplicar la ley al caso concreto para lograr un resultado justo, se encuentra en lograr el equilibrio entre los distintos intereses en juego

para arribar a una política económica que combine la seguridad jurídica con la transparencia de las operaciones bancarias.

Existe una contradicción entre dos leyes específicas la Ley de Extinción de Dominio, que regula que no se requiere de orden de juez competente, para la obtención de la información bancaria, mientras que en la Ley de Bancos y Grupos Financieros se establece taxativamente que la información bancaria se proporcionara únicamente con orden de juez competente.

Referencias

Barbier, E. (2002). *Contratación Bancaria* (2da Ed.) Buenos Aires: Astrea.

Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental* Buenos Aires Argentina, Heliasta S.R.L.

Cano, V. (2011). *Extinción de dominio. Guatemala*, Magna Terra.

Druetta, N. (2005). *El Art. 39 de La Ley de Entidades Financieras. Secreto Bancario* (1ra Ed.) Argentina.

Grupo de Acción Financiera internacional, (2009). *Estándares Internacionales sobre el Enfrentamiento al Lavado de Dinero, el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación Recomendaciones del GAF I* (1990). Francia.

García-Pita y Lastre, *El derecho Bancario: Consideraciones Generales* (1ra Ed.), España, Aranzadi.

Jiménez, H. (1986). *Derecho Bancario* (4ta Ed.) San José Costa Rica: Universidad Estatal a Distancia.

Naciones Unidas, Manual (2012). *Manuela de Asistencia Judicial recíproca y extradición*, Nueva York, Sección de Servicios en Inglés, Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

Rodríguez, J. (1980). *Derecho Bancario, Introducción, Parte General Operaciones Pasivas* (6ta Ed.) México: Porrúa.

Ruiz Mario, (2011). *Extinción de Dominio, herramienta del derecho civil ante la ineficacia del derecho panal*. (1ra Ed.) México, Alegatos.

Salazar Sara y Rosales Moisés, (2011). *Ley de Extinción de Dominio*, (1ra Ed.), Guatemala, Corte de Constitucionalidad.

Vergara, A. (1990). *El secreto bancario, sobre su fundamento legislación y jurisprudencia* (1ra Ed.) Chile: Alfabetá.

Walker M. (2001). *Contratos Bancarios* (1ra Ed.) Argentina: Ivana Tosti.

Legislación

Asamblea Nacional Constituyente (1985). *Constitución política de la República de Guatemala*.

Congreso de la República de Guatemala (1983). *Código Civil*, Decreto 106.

Congreso de la República de Guatemala (1970). *Código de comercio de Guatemala*, Decreto 2-70.

Congreso de la República de Guatemala (1973). *Código Penal*, Decreto 17-73.

Congreso de la República de Guatemala (2008). *Ley de Acceso a la información pública* decreto 57-2008.

Congreso de la República de Guatemala (2010). *Ley de Extinción de Dominio*, Decreto 55-2010.

Congreso de la República de Guatemala (1946). *Ley de bancos*, decreto 315.

Congreso de la República de Guatemala (2002). *Ley de Bancos y Grupos Financieros*, Decreto 19-2002.

Congreso de la República de Guatemala (1989). *Ley del Organismo judicial*, Decreto 2-89.

Jefe del Gobierno de la República, Enrique peralta Azurdia, (1964). *Código Procesal Civil y Mercantil*, Decreto ley 107.

Congreso de la República de Guatemala (2002). *Ley de Supervisión Financiera*, Decreto 18-2002.

Congreso de la República de Guatemala (1941). *Código de Trabajo y Previsión Social*, Decreto 14-41.

Congreso de Colombia (2003). *Ley 795 de Colombia*.

El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, (1985). *Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliare*.

El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, (1984). *Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Créditos*.

El presidente de la República de Colombia, (1993). *Estatuto Orgánico del Mercado Financiero*, decreto 663.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México (2008). Decreto 273.

Naciones Unidas (1998). *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópica*,

Palacio del Vaticano Roma (1983). *Código de Derecho Canónico*.

Páginas Visitadas

<http://administradorfinanciero.wordpress.com/prevencionlavadoactivos>, Recuperado: 10 de Enero 2013.