

## EL SECRETO BANCARIO: ENTRE LA ILEGITIMIDAD Y LA EFICACIA

Mario SIMÓN CANTO

*"...Cuando en un gobierno popular las leyes dejan de cumplirse, el Estado está ya perdido, puesto que esto sólo ocurre como consecuencia de la corrupción de la República..."*

Platón, *Las Leyes*.

*"En aquella ciudad donde la ley tenga la condición de súbdita sin fuerza, veo ya la destrucción venir sobre ella..."*

Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Desarrollo*. III. *Reglamento sobre el Secreto Bancario en Cuba*. IV. *Consideración final*.

### I. INTRODUCCIÓN

La figura jurídica del sigilo bancario en nuestro país, tanto en el ámbito académico como en su aplicación a la práctica cotidiana profesional, ha recibido una atención particular por un sinnúmero de jurisconsultos y especialistas en la materia, que han tratado, algunos de ellos con gran maestría y pericia, abordar este precepto jurídico con el fin de encontrar una adecuada aplicación a los casos concretos del que éste es objeto dentro del sistema financiero mexicano.

De esta manera, se han adoptado muy diversas posiciones las cuales han pretendido agotar todas las posibilidades de ingredientes po-

líticos, jurídicos y hasta filosóficos, para poder dar una explicación a los usuarios de la banca en México del porqué se ha adoptado un sistema de secreto bancario, cuya rigidez o flexibilidad ha estado severamente cuestionada tanto por las autoridades del gobierno como por los particulares usuarios del sistema financiero, mismos que han calificado al propio sigilo como una institución que resulta imprescindible en la transformación política y económica del país, siendo que otros lo han considerado como un medio de encubrimiento de posibles operaciones irregulares o ilícitas.

Quizá pueda resultar un poco pretencioso señalar que la figura del secreto bancario en México no solamente se sustenta en principios jurídicos, los cuales son la base del mismo, sino que también encuentra importantes fundamentos filosóficos o ideológicos, sin los cuales, a nuestro parecer, no hubiera podido evolucionar en la forma en que lo ha hecho hasta nuestros días. Es así como lo establece el maestro Luis Manuel C. Meján, al escribir lo siguiente:

La figura del secreto bancario tiene una fundamentación copiosa y extensa en la cultura, arroja sus raíces en las profundidades psicológicas, éticas e ideológicas del ser humano, crece con la historia de la humanidad, se conforma al son de los avatares políticos y económicos de la sociedad y florece con toda la riqueza del derecho, informándose de las fuentes de éste y de todas sus ramas.<sup>1</sup>

Este brillante argumento del maestro Meján, muestra con claridad que esta figura ha ido evolucionando desde tiempos remotos, empezando con el derecho a la intimidad de las personas, pasando por el secreto profesional y el secreto jurídico, hasta convertirse en lo que hoy se conoce como secreto bancario o financiero, mismo que ha sido plasmado por el legislador en las diversas leyes que regulan el sistema financiero mexicano.

De esta manera el secreto, ya sea profesional, ya sea jurídico, se manifiesta constantemente en la vida de las personas, evolucionando hasta encontrar una base jurídica que marca la pauta de su acción. Esta constante manifestación del secreto en nuestras vidas, puede

<sup>1</sup> C. Meján, Luis Manuel, *El secreto bancario*, Porrúa, 3a. ed., México, 2000, p. 20.

empezar a acarrear un sinnúmero de problemas personales, sociales, políticos y jurídicos que crecen a medida que se quiera guardar un determinado secreto. El jurista y filósofo argentino Carlos Santiago Nino ha denominado a la constante manifestación de un acto jurídico en nuestras vidas –tal es el caso del secreto jurídico o profesional– como la “Omnipresencia del derecho”, misma que, según el referido autor, se manifiesta en los actos más simples y que crece en importancia a medida que éstos pueden afectar o involucrarnos de una forma determinada con los demás.<sup>2</sup>

Entendemos, pues, que dada la característica omnipresente del secreto en la vida de las personas, empiezan a presentarse estos problemas sociales o políticos, mismos que se traducen en la necesidad de la gente de omitir toda revelación con respecto a una circunstancia determinada, entendiendo que esta revelación que no se da a conocer proporciona “poder” en grandes magnitudes.

A este respecto, en una frase muy acertada, el maestro Augusto Arroyo escribe: “La información proporciona poder, el que sabe cosas o tiene acceso a información que los demás ignoran desarrolla grandes posibilidades de poder. Es de preguntarse qué tan lejos de la realidad está ese personaje misterioso de las obras de ciencia ficción que detrás de una terminal de computadoras, en un oscuro rincón del mundo, conoce la vida y milagros de todos y, gracias a ello, ordena el destino de hombres y países. ¿No se dice de Dios que es omnisciente? En esta tesitura o es de extrañar que el individuo quiera mantener sus depósitos y operaciones en la banca como algo reservado y que, a la vez, haya terceros que quieran conocer esos depósitos y operaciones”.<sup>3</sup>

Es precisamente en este momento cuando surge la controversia de revelar o no un determinado secreto, ya que se encuentran comprometidos un sinnúmero de intereses personales, sociales, jurídicos y políticos que pueden dar origen a la obligación de no transmitir los conocimientos o información de que se trate a terceras personas. Esta obligación recibe el nombre de “secreto profesional”.

<sup>2</sup> Carlos Santiago Nino, en Álvarez Ledesma Mario, I. *Introducción al estudio del derecho*, McGraw-Hill, México, 1995, p. 4.

<sup>3</sup> Véase Arroyo Soto Augusto, en C. Meján Luis Manuel, *op. cit.*, p. 2.

De esta manera, es precisamente del secreto profesional de donde deriva el llamado secreto bancario, figura muy antigua que aparece en la época real de Francia, concretizándose este concepto en 1706 en *La grande ordonnance sur le commerce* y en 1724, en este país, se dictó una resolución del consejo de estado francés, en la que se señala que los agentes de cambio no podrán mencionar en ningún caso, a las personas que les hayan encargado negocios, a los que tendrán que guardar en secreto inviolable y deberán servirles con fidelidad en cualquier circunstancia de la negociación.<sup>4</sup>

Al paso del tiempo, especialmente en los últimos seis o siete años, el secreto bancario ha sido objeto de análisis y estudio profundo no solamente en el ámbito jurídico, sino que también ha tomado una posición preponderante en el ámbito político de nuestro país. Es precisamente la relación de lo jurídico con lo político, lo que ha ocasionado que la figura del secreto bancario sea considerada por algunos, como un instrumento que ha servido para encubrir operaciones irregulares que han dejado en estado de indefensión a los usuarios del sistema financiero, mientras que otros opinan que esta figura debe de prevalecer intacta a fin de otorgar certeza jurídica tanto a los usuarios del sistema financiero, como a las propias instituciones bancarias.

Es bien sabido que se han hecho esfuerzos importantes para tratar de modificar lo dispuesto por el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, precepto que contempla la figura jurídica que nos ocupa, la cual encontraba su fundamento en la ya abrogada Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, empezando su historia desde la Ley de Instituciones de Crédito de 1897. Sin embargo, a nuestro parecer, estos esfuerzos han sido muy poco afortunados al demostrar que esta figura se ha visto envuelta en grandes y verdaderos conflictos sociopolíticos —algunos de ellos de tal envergadura que han llegado a poner en peligro la seguridad jurídica de millones de personas usuarias del sistema financiero, así como la estabilidad política y económica del país, situaciones éstas, que no han permitido que exista una verdadera evolución de la figura del secreto banca-

rio que se adecue a los tiempos que actualmente se viven en México y en el mundo entero.

Se trata precisamente, a través de este ensayo, de proponer una reforma a lo dispuesto por el secreto bancario; pero una reforma que no devenga de los propios cauces legales del artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, como tantas veces se ha hecho, sino una reforma que signifique sustituir dicho artículo por un orden totalmente nuevo, claro está, sin modificar su naturaleza jurídica. La figura del secreto bancario se ha regulado en muchas leyes financieras (en amplio sentido se entiende como secreto financiero) tales como la propia Ley de Instituciones de Crédito, la Ley del Mercado de Valores, la Ley de Sociedades de Información Crediticia, la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, entre otras, además de que en muchos otros ordenamientos legales se han incluido un sinnúmero de salvedades o excepciones a lo dispuesto por el propio artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito; situaciones que han ocasionado mucha confusión en cuanto a la aplicación e interpretación de esta figura jurídica.

La reforma a las que nos hemos referido, evitaría, a nuestro juicio, la proliferación de excepciones y de ordenamientos legales, cada vez más numerosos, en donde se tenga que justificar por qué alguna disposición no se considera violación al secreto bancario, cuando en realidad, lo único que se hace en algunos casos, es transgredir el mismo. ¿Por qué no proponer entonces una reforma estructural y directa a esta figura sin modificar su naturaleza jurídica, es decir, proponer una nueva disposición, en vez de estar aumentando cada vez más sus excepciones? Lo anterior, cuidando que en ningún momento se afecte el interés primigenio de esta figura: la libertad individual y el derecho a la privacidad de los actos de cada persona.

Consideramos que con esta reforma se incrementaría considerablemente la confianza del público hacia los bancos e intermediarios financieros, dado que estos mismos se verían sujetos a un mayor escrutinio por parte de las autoridades, escrutinio indispensable para el buen funcionamiento del sistema financiero. Y esto no significa que necesariamente las instituciones bancarias, en todos los casos, utilicen el sigilo bancario para realizar operaciones que no vayan de acuerdo con las sanas prácticas bancarias y mercantiles, sino que

<sup>4</sup> Cfr. Pacheco Pulido, Guillermo, *El secreto en la vida jurídica*, Porrúa, 3a. ed., México, 2002, p. 23.

también este cambio respondería en gran medida a los requerimientos de un país que indiscutiblemente ha pasado a formar ya, desde hace varios años, parte de la llamada "globalización" y que ha envuelto a la mayoría de los países del mundo. Concretamente, nuestra propuesta nos llevaría a pensar en un "Reglamento sobre el secreto bancario", o bien, en unas "Reglas generales a las que se refiere el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito", preceptos que quizá resulten muy utópicos para unos o muy prácticos para otros, pero a nuestro parecer, nuestra propuesta dotaría de manera muy importante de transparencia en las actividades mercantiles que llevan a cabo los intermediarios financieros, situación imprescindible para lograr la confianza que tanto se ha buscado tanto de los ahorradores nacionales como de los inversionistas extranjeros.

Resulta importante aclarar que el presente ensayo representa una continuación de mis inquietudes académicas que nacieron a partir de la elaboración de una investigación titulada "Consideraciones jurídicas para una reforma estructural al secreto bancario en México", misma que abordé desde la perspectiva del método legislativo y comparativo. Considero que ahora podría resultar atractivo al lector abordar este inagotable tema, aparte del método legislativo, desde una perspectiva académica y iusfilosófica, con la única intención de dar a entender que la evolución de la ley no solamente es posible, sino que muchas veces resulta necesaria y hasta indispensable. Una vez más hago mención de las ingeniosas ideas y sugerencias de juristas y maestros expertos en esta materia; a ellos debo los pocos aciertos que pueda obtener al escribir este trabajo, el resto será de mi entera responsabilidad.

## II. DESARROLLO

De conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente en su artículo 73, fracción X, es facultad del Congreso de la Unión, a través del Poder Legislativo, legislar en materia de intermediación y servicios financieros; igualmente, la fracción XXIX del mismo precepto, faculta al Congreso de la Unión para establecer contribuciones sobre las instituciones de crédito. De lo anterior se deduce que si la ley, que es obra del Poder Legislativo, es la que ha dispuesto la existencia del secreto

bancario, es claro que la misma puede establecer excepciones a su cumplimiento o, inclusive, proponer una reforma al mismo.

En principio, pareciera muy sencillo proponer una reforma a un determinado orden jurídico, pero en realidad no lo es así, ejemplo claro de ello lo encontramos precisamente en la figura de la protección jurídica del secreto bancario, misma que ha permanecido prácticamente estática desde su creación, aun con la evolución tan rápida que ha sufrido el sistema financiero en nuestro país. Un buen intento de reforma se realizó a través del Decreto por el que se reforma el artículo 117 y se deroga el artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 2005; a nuestro parecer, este Decreto a todas luces resulta insuficiente para dar cabida a todas las excepciones que el propio sigilo bancario encuentra en algunas leyes financieras tales como la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia y la Ley del Seguro Social y, más aún, cuando ha llegado a existir conflicto de esta figura en ordenamientos tales como la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Ahora bien, nuestra propuesta de crear un Reglamento sobre el secreto bancario o una normatividad que regule directamente lo dispuesto por el propio artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, no se constriñe únicamente a plasmar en un solo ordenamiento legal lo dispuesto por el sigilo bancario y todas sus excepciones, sino también proponer una reforma y buscar que puedan coexistir armónicamente y en un solo precepto legal, tanto la obligación que tienen las instituciones de crédito de guardar secreto con respeto a las operaciones que realizan, como la facultad que tienen para revelar el mismo, logrando de esta manera que la figura del secreto bancario, reformada en todos sus aspectos, pueda tener la aceptación y la validez jurídica que desde hace años han buscado los gobernantes y los gobernados usuarios del sistema financiero, y no sólo eso, sino que la misma sea considerada justa, legítima y justificada.

Entramos, pues, a la parte medular de nuestro problema: la legitimación y la validez de un orden jurídico nuevo, a fin de que éste pueda ser aceptado y reconocido por los gobernados, en este caso, la sociedad en general y en específico los usuarios del sistema financiero.

Es importante hacer la siguiente pregunta: ¿qué relación existe entre el derecho y la legitimidad? La legitimidad es tratar de justifi-

car algo, es decir, tratar de dar razón de la fuerza del propio derecho, por lo que la fuerza o coacción del derecho requiere necesariamente de una justificación, ya que dicha fuerza no puede imponer sus decisiones si no goza de una base mínima de aceptación y de voluntad, es decir, de querer obedecer alguna norma en virtud de considerar a esa norma algo justificado. El filósofo italiano Lucio Levi describe así a la legitimidad:

Es aquel atributo del Estado consistente en la existencia de una parte relevante de la población de un grado de consenso tal que asegure la obediencia sin que sea necesario, salvo en casos marginales, recurrir a la fuerza. Por lo tanto, todo poder trata de ganarse el consenso para que se le reconozca como legítimo, transformando la obediencia en adhesión.<sup>5</sup>

En efecto, encontramos que la legitimidad es parte esencial para poder “justificar” la fuerza o el poder del propio derecho, sin la cual éste no tendría razón de ser, ya que la existencia de un orden jurídico puede empezar a perder su eficacia o su fuerza, al momento de empezar a ser cuestionado por la sociedad y por los gobernados, aun cuando éste todavía esté vigente, toda vez que su coacción se vería mermada al no ser aceptada por la mayoría de los integrantes de un Estado. Como consecuencia natural, ese orden jurídico empieza inevitablemente a ser transgredido o violado, independientemente de las sanciones que estas violaciones pudieran representar. Decimos entonces que ese orden jurídico ha perdido su eficacia; eficacia que no se reestablecerá, a nuestro parecer, hasta que el gobernante proponga crear un orden jurídico totalmente nuevo, fruto de la voluntad del pueblo al no aceptar el orden jurídico ya establecido. Sin embargo, consideramos, al igual que Levi, que el orden jurídico nuevo no debe de representar una imposición, sino que éste debe contener todos los elementos necesarios de justicia y equidad para que sea aceptado como un “querer” obedecer y no un “deber” obedecer.

Así las cosas, trasladando la teoría de la legitimidad al caso en concreto que nos ocupa, nuestro “Reglamento sobre secreto banca-

rio” propuesto, tendrá que contener y explicar detalladamente todas y cada una de las excepciones de las cuales el secreto bancario es objeto, justificando expresamente en qué casos los bancos pueden revelar la información y en qué casos estarán obligados a guardar el secreto; secrecía que tendrá que regularse de tal manera que las instituciones de crédito y sus funcionarios y empleados no puedan en ningún momento llevar a cabo operaciones ilícitas o irregulares con el pretexto de esta figura jurídica.

¿Acaso todos los conflictos sociopolíticos que se han vivido en los últimos años relacionados con el secreto bancario –tal es el caso de los conflictos electorales del año 2000, las auditorías realizadas al IPAB, o el presunto desvío de recursos públicos, vía Petróleos Mexicanos, para financiar la campaña del entonces candidato a la Presidencia de la República, Francisco Labastida Ochoa– no incitan el ánimo de proponer una reforma de fondo a esta figura para que sea rectificada en su redacción, de tal manera que pueda abarcar todas las exigencias de solicitud de información por parte del Estado y al mismo tiempo garantizar el derecho a la confidencialidad que tienen los usuarios de la banca?

A nuestro juicio, esta reforma resultaría de gran utilidad no sólo para evitar este tipo de conflictos a nivel nacional, sino también para adecuar lo propuesto por el secreto bancario en México a las exigencias internacionales, las cuales han demostrado una regulación de esta figura mucho más avanzada que en nuestro país. Tal es el caso de Costa Rica, en donde su protección jurídica del secreto bancario deviene esencialmente de su Constitución, ya que dicho secreto deriva directamente del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 24 de su Carta Magna. Y hablando de exigencias internacionales, resulta sorprendente que un país como Cuba, tan limitado en cuanto a su situación política, económica y social, haya presentado en los últimos años cambios en su sistema bancario y su secrecía, lo que llevó en 1998 al Presidente del Tribunal Supremo Popular y al propio presidente Castro Ruz, a requerir al Banco Central de Cuba a emitir nuevas leyes financieras. Como resultado, se emitió el Reglamento sobre el Secreto Bancario en Cuba, mismo que, por considerarlo un ejemplo de práctica legislativa para México y para el mundo, transcribimos a continuación.

<sup>5</sup> Levi Lucio, en Álvarez Ledesma, Mario Ignacio, *op. cit.*, p. 21.

### III. REGLAMENTO SOBRE EL SECRETO BANCARIO EN CUBA

“Reglamento sobre el Secreto Bancario

Banco Central de Cuba

RESOLUCIÓN No. 66 de 1998

POR CUANTO: El Artículo 81 del Decreto Ley No. 173 de 28 de mayo de 1997 «Sobre los Bancos e Instituciones Financieras No Bancarias», establece que las instituciones financieras están obligadas a guardar secreto sobre sus cuentas, depósitos y operaciones en general.

POR CUANTO: Resulta conveniente actualizar y adecuar las normas que regulan la protección y el alcance del secreto bancario, de conformidad con los cambios producidos en el sistema bancario.

POR CUANTO: A tenor del Artículo 36, incisos a) y b) del Decreto-Ley No. 172 «Del Banco Central de Cuba», de 28 de mayo de 1997, el Presidente del Banco Central de Cuba, en el ejercicio de sus funciones ejecutivas está facultado para dictar disposiciones de cumplimiento obligatorio para todos los organismos, órganos, empresas y entidades económicas estatales, organizaciones y asociaciones económicas o de otro carácter, cooperativas, el sector privado y la población; así como las instituciones financieras y las oficinas de representación.

POR CUANTO: El que resuelve fue nombrado Ministro de Gobierno y Presidente del Banco Central de Cuba por Acuerdo del Consejo de Estado de 13 de junio de 1997.

POR TANTO: En uso de las facultades que me están conferidas:

RESUELVO:

Dictar el siguiente:

Reglamento sobre el Secreto Bancario

PRIMERO: A los efectos de la presente resolución se entenderá por:

Secreto Bancario: La reserva que deberá observarse sobre los datos relativos a las fuentes, el destino, la cuantía, los nombres de los interesados y otros aspectos de las cuentas y operaciones realizadas por los bancos e instituciones financieras no bancarias, en lo adelante instituciones financieras, autorizadas a operar en el territorio nacional por cuenta de sus clientes, el nombre de los titulares de las cuentas de depósito o de crédito, su clase, números y saldos, los estados financieros e informes particulares sobre las actividades monetario-crediticias, comerciales y otras que ordinariamente presentan los clientes a las instituciones financieras relacionadas con la tramitación y ejecución de las operaciones.

Documentos: Los estados de cuenta, depósitos, cheques y otros títulos, valores, transferencias, órdenes de cobros y pagos, contratos, registros, co-

rrespondencias u otros escritos o comprobantes que se requieran para acreditar operaciones realizadas por los clientes o por cuenta de éstos.

SEGUNDO: Los dirigentes, funcionarios y demás trabajadores de las instituciones financieras cuando actúen en el desempeño de sus funciones, y en todo momento, aun cuando hubieren cesado en las mismas, están obligados a guardar el secreto bancario y a no revelar ni directa ni indirectamente los datos que lleguen a su conocimiento.

TERCERO: El secreto bancario pierde todo sentido cuando los informes sobre datos, de los asuntos o materias a que se refiere el Apartado PRIMERO, se solicitan por los titulares de las cuentas o de otras operaciones bancarias, en relación con sus propias cuentas u operaciones, sus herederos y beneficiarios así como a los apoderados y representantes legales de unos y otros, en aquello que legítima y estrictamente les concierne, todos debidamente acreditados en la forma siguiente:

- a) Titulares: Mediante exhibición de las libretas de las cuentas, en su caso, o de otros documentos que establezcan los reglamentos.
- b) Herederos: Mediante la presentación del Acta Notarial de Declaratoria de Herederos con certificación de su inscripción en el Registro General de Declaratoria de Herederos; o certificaciones del Registro del Estado Civil que acrediten la muerte del titular y la condición de heredero presunto del solicitante, acompañada de certificación negativa del Registro General de Actos de Última Voluntad; o testamento con certificación de defunción del titular y la correspondiente certificación positiva del Registro General de Actos de Última Voluntad.
- c) Beneficiarios: Mediante presentación de la certificación de defunción del titular de la cuenta y el documento de identidad propio.
- d) Apoderados y representantes legales de los anteriores: Mediante presentación de los documentos que acrediten su representación conforme a la ley y de los que acrediten el derecho o interés de sus representados, en la medida de las facultades que ostenten.

CUARTO: No obstante las restricciones sobre el secreto bancario, los informes, datos y documentos a los que se refiere el Apartado PRIMERO serán suministrados por las instituciones financieras cuando sean requeridos por las autoridades que a continuación se consignan:

- a) Los tribunales, fiscales e instructores de los órganos de la Seguridad del Estado.
- b) Las autoridades fiscales.

- c) Los inspectores de Supervisión Bancaria, los auditores internos de las instituciones financieras y los de la Oficina Nacional de Auditoría.

QUINTO: En los casos de presunción o sospecha de movimiento de capitales ilícitos, las instituciones financieras facilitarán las informaciones o documentos que les requieran las autoridades facultadas y que se refieran a transacciones financieras y operaciones bancarias ejecutadas por personas implicadas en esas actividades delictivas o que se encuentren sometidas a investigación.

SEXTO: Las autoridades competentes para recabar información protegida por el secreto bancario deberán utilizarla con la discreción y el rigor que para esta materia establece la presente resolución y aquellas otras que regulen la actividad que desempeñan, manteniéndola con ese carácter en tanto éste no resulte incompatible con el interés público comprometido.

SÉPTIMO: El secreto bancario no impide el suministro de información de carácter global en los siguientes casos:

- a) Cuando sea proporcionada por los dirigentes facultados para cualquiera de los siguientes propósitos: Fines estadísticos.  
Formulación de la política monetaria y su seguimiento.  
Elaboración de los informes que las instituciones financieras elaboran para su publicación o para uso de los niveles de dirección del gobierno.
- b) Cuando se suministre a instituciones financieras del exterior con las que se mantengan acuerdos de corresponsalía o que estén interesados en iniciar una relación de esa índole, sobre las materias que considere apropiadas de acuerdo con esta actividad.
- c) Cuando se proporcione información general de carácter reservado respecto al comportamiento de clientes en particular, para fines de evaluación de crédito, a requerimiento de otra institución del sistema, sin que ello implique la facultad de revelar transacciones individualizadas.
- d) Cuando las instituciones financieras brinden las informaciones que periódicamente están obligadas a suministrar a la Central de Información de Riesgos del Banco Central de Cuba.

OCTAVO: Las instituciones financieras estarán liberadas de su obligación de mantener el secreto bancario en los casos en que se suscite conflicto con un cliente que se ventile ante los tribunales. En tal situación, se reservan el derecho de presentar toda la documentación que estimen necesaria para defender sus propios intereses ante quien corresponda.

NOVENO: Los dirigentes, funcionarios y demás trabajadores de las instituciones financieras no podrán poner en conocimiento de persona alguna, salvo a otra autoridad facultada, el hecho de que una información ha sido solicitada o proporcionada a una autoridad competente.

DÉCIMO: Los dirigentes, funcionarios y demás trabajadores de las instituciones financieras deberán tomar las precauciones necesarias para evitar que se produzcan violaciones de las regulaciones sobre el secreto bancario.

UNDÉCIMO: Los dirigentes, funcionarios y demás trabajadores de las instituciones financieras que violen lo establecido sobre el secreto bancario están sujetos a medidas disciplinarias, en correspondencia con las disposiciones legales dictadas al efecto y sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que se derive del hecho.

#### DISPOSICIÓN ESPECIAL

ÚNICA: Solamente podrán suministrar documentos e informaciones protegidas por el secreto bancario, a las autoridades competentes, los funcionarios facultados de las instituciones financieras.

#### DISPOSICIÓN TRANSITORIA

ÚNICA: El Banco Central de Cuba dictará en su oportunidad, cuantas disposiciones jurídicas resulten necesarias para la aplicación de lo regulado en la presente resolución, así como el procedimiento para la entrega de la información y documentación que se solicite por parte de las autoridades facultadas.

#### DISPOSICIÓN FINAL

ÚNICA: Mediante la presente se deroga la Resolución 104, del Presidente del Banco Nacional de Cuba, de 22 de abril de 1987 y cualquier otra disposición que se oponga a lo aquí resuelto.

COMUNÍQUESE a los Vicepresidentes, al Superintendente, al Auditor y Directores, todos del Banco Central de Cuba; a los Presidentes de bancos e instituciones financieras no bancarias, al Presidente del Tribunal Supremo Popular, al Fiscal General de la República, al Jefe de la Oficina Nacional de Auditoría y al Jefe de la Oficina Nacional de Administración Tributaria.

PUBLÍQUESE en la Gaceta Oficial de la República para general conocimiento y archívese el original en la Secretaría del Banco Central de Cuba.

DADO en Ciudad de La Habana, al 1er. día del mes de junio de 1998.

Francisco Soberón Valdés  
Ministro-Presidente  
Banco Central de Cuba".<sup>6</sup>

Como podemos observar, aun con la situación económica y política que ha vivido Cuba desde 1959 con la toma del poder por parte de Fidel Castro, este país ha hecho un esfuerzo por tratar de adecuar y modernizar su sistema financiero, si bien no en cuanto al sistema financiero internacional, pero sí en cuanto a su sistema bancario interno, actualizando las normas que regulan la producción y el alcance del secreto bancario, especificando detalladamente cuáles son las restricciones sobre el mismo y en qué casos la información puede ser suministrada por las instituciones financieras cuando sean requeridas por distintas autoridades.

Pero, ¿por qué un país como Cuba, económica y políticamente restringido, fue que creó un Reglamento sobre secreto bancario? ¿Qué lo llevó a tal situación? A nuestro parecer, no fue otra cosa sino la materialización y positivización de la voluntad tanto de gobernantes como de gobernados que creyeron en la legitimidad y eficacia de un marco normativo, en este caso su propio Reglamento sobre secreto bancario. Situación muy similar es la que se tendría que observar en nuestro país, ya que la figura del secreto bancario ha sido severamente cuestionada y puesta en tela de juicio; por ende ha perdido en gran parte su eficacia y legitimidad, mismas que se podrían recuperar en el momento en que se exteriorice la voluntad para crear un orden jurídico totalmente nuevo; trasladado al caso que nos ocupa, en un Reglamento sobre secreto bancario o en preceptos generales que regulen lo dispuesto por el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Mucho se ha escrito con respecto a la teoría de la validez y evolución de la Ley, y a nuestro parecer, es el filósofo y jurista austriaco Hans Kelsen, quien ha expuesto de forma magistral esta teoría al escribir lo siguiente:

<sup>6</sup> INJEF, Información Jurídica, Económica y Fiscal, *Cuba y el secreto bancario*, diciembre de 1998, página electrónica en: injef@injef.com.

"...el dominio de validez de una norma puede verse limitado, especialmente en lo que hace a su dominio de validez temporal. Lo que significa: el comienzo y el fin de su validez puede estar determinado por ella misma, o estarlo por una norma superior que regule su producción. Las normas de un orden jurídico valen en tanto no se pone término a su validez conforme a las determinaciones de ese orden. En tanto un orden jurídico regula su propia producción y aplicación, determina el comienzo y el fin de la validez de las normas que a él pertenecen. El principio de que la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico, o hasta que sea remplazada por la validez de otra norma de ese orden jurídico, es el principio de legitimidad".<sup>7</sup>

Continúa escribiendo Kelsen con respecto a la evolución y modificación de la Ley:

La significación de la norma fundamental se revela con la máxima claridad en el caso de un orden jurídico que es sustituido por un orden nuevo, fruto de una revolución; del mismo modo que la esencia del derecho y de la comunidad por él constituida aparecen con toda nitidez en el momento en que se discute su existencia. Supongamos un Estado monárquico en el que un grupo de hombres pretende sustituir, mediante un acto de fuerza, al régimen vigente por el republicano, y ocupar el lugar del gobierno legítimo. Si ese grupo consigue su intento, es decir, si el orden antiguo cesa de ser eficaz y el nuevo adquiere cierto grado de real eficacia, desde el momento que la conducta efectiva de los hombres (sobre los cuales pretende valer el orden nuevo) no responde al orden antiguo sino al nuevo, entonces este orden nuevo es ya un orden jurídico, los actos realizados en ejecución del mismo son actos jurídicos y los hechos cometidos con infracción de sus reglas son ilegalidades o delitos. Entonces, también, se presupone una nueva forma fundamental: ya no es aquella que delega, como autoridad jurídica en el monarca, sino la que delega en el gobierno revolucionario la creación de derecho. Pero si el intento fracasase, porque el orden creado por aquel grupo de hombres no ejerciese el menor influjo sobre las conductas, el acto por él realizado no habría que interpretarlo como constituyente, sino como delito de alta traición; no como creación, sino como infracción del derecho; y todo esto, sobre la base del orden antiguo, cuya validez presupone la norma fundamental que delega en el monarca la facultad de creación jurídica. El

<sup>7</sup> Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, 14a. ed., México, 2005, pp. 217, 218.

contenido de la norma se determina con arreglo al hecho que crea aquel orden al cual corresponde, hasta cierto punto, la conducta efectiva de los hombres a los que dicho orden se refiere".<sup>8</sup>

Nos atrevemos a sugerir que esta brillante y definitiva interpretación que expone Hans Kelsen con respecto a la evolución y legitimación de la ley, trasladada al caso en comento, podría servir de base fundamental y contenido esencial de una posible reforma a lo dispuesto por el secreto bancario, ya que el mismo ha perdido irremediablemente su eficacia al empezar a ser cuestionado desde hace ya varios años, con respecto a su existencia y validez; y cuando una norma es cuestionada, pierde su eficacia al no considerarse legítima, es decir, al no ser aceptada por la mayoría de los integrantes de una sociedad.

Hemos citado el pensamiento de Kelsen como principio básico de nuestra propuesta, para hacer entender, en lo posible, que la modificación y evolución de un cierto orden normativo es necesario y hasta indispensable cuando éste cesa de ser eficaz. Es el caso, entre muchos otros, de la figura jurídica del secreto bancario, institución indispensable para el buen funcionamiento del sistema financiero en México, ya que a través de éste es como se debería de lograr la confianza que depositan en las instituciones bancarias los inversionistas y ahorradores tanto nacionales como foráneos. Un privilegio representaría para nosotros si se diera el caso de que el ánimo del legislador se sensibilizara con base en lo expuesto por este ensayo, para considerar una posible reforma a lo dispuesto por el secreto bancario. Pero insistimos: una reforma que no devenga del propio cauce legal de dicho artículo, sino que signifique la creación de un orden normativo totalmente nuevo, por ejemplo, un Reglamento, el cual represente la voluntad de una sociedad que demande la creación de leyes que se adecuen a la situación actual que vive el país.

#### IV. CONSIDERACIÓN FINAL

Si bien es cierto que la existencia del secreto bancario en México, consistente en la prohibición de dar información a terceros, salvo las

excepciones del cual el mismo es objeto, se justifica de alguna manera para salvaguardar los derechos e intereses de los particulares que realizan diversas operaciones ante las instituciones de crédito, también lo es, a nuestro parecer, que el interés general de la sociedad, el interés colectivo, debe de estar necesariamente por encima de los intereses de los particulares.

Es evidente que la mayoría de las disposiciones legales en materia bancaria, por naturaleza, están encaminadas a proteger el interés individual de los usuarios del sistema financiero; sin embargo, la inobservancia de estas disposiciones ha resultado en fatales consecuencias para el interés público o social.

México ha pasado a formar parte de la llamada "globalización", fenómeno que, en lo que respecta a secrecía bancaria, ha demostrado con claridad que ésta no puede permanecer estática ante los constantes cambios que se han presentado en los sistemas financieros de los distintos países. La experiencia internacional ha demostrado, inclusive, una tendencia a flexibilizar lo más posible el secreto bancario; y en potencias económicas, tales como la Unión Europea, esta figura ha tendido a desaparecer como resultado de la unión de idiosincrasias económicas y políticas. No obstante, consideramos que una posición tan radical con respecto a la apertura de esta figura en nuestro país, podría poner en peligro la confianza que deben depositar los usuarios del sistema financiero en las instituciones bancarias y, por el contrario, una posición radical en cuanto a la obligación de mantener reserva de todas las operaciones que lleven a cabo los bancos con sus clientes, podría interpretarse como un uso indiscriminado de esta figura para cubrir operaciones ilícitas o que no vayan de acuerdo con las sanas prácticas bancarias o mercantiles.

Una difícil tarea tendrá el legislador, para tratar de adecuar todas estas exigencias en un solo ordenamiento legal, ya que la figura jurídica del secreto bancario necesita, a nuestro juicio, un equilibrio del cual todavía carece. Probablemente, este equilibrio pudiera encontrarse si se considerara la viabilidad de crear un *Reglamento sobre secreto bancario* o bien, unas *Reglas generales a que se refiere el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito*, en donde quedara explicado detalladamente qué es el secreto bancario, quiénes son sujetos del secreto bancario, cuáles serían las excepciones al mismo, así como en qué casos las autoridades administrativas y judiciales

<sup>8</sup> Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, Colofón, México, 1989, pp. 50-52.

tienen la facultad de solicitar información de tipo bancaria directamente a las instituciones financieras, y en qué casos lo deben hacer a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Consideramos que valdría la pena que el legislador se preocupara por llevar a cabo esta reforma, no sólo en lo que respecta al secreto bancario, sino en lo que concierne también a un número muy importante de leyes en nuestro país, mismas que seguramente necesitan evolucionar para adecuarse a la forma de vida y al comportamiento humano que, de unos años a la fecha, ha resultado muy distinto al de generaciones anteriores. Así pues, consideramos que si las leyes que regulan estas relaciones modernas entre los hombres no evolucionan, estarán irremediablemente condenadas a fracasar.