

Deber de secreto y reserva bancaria en el proyecto de ley N° 63-365, con el que se moderniza la legislación bancaria.

Presentación a la Comisión de Hacienda de la Honorable Cámara de Diputados.
1 de agosto de 2017

1. En referencia a las modificaciones que el proyecto busca introducir en la Ley General de Bancos, su mensaje señala que se propone consagrar lo ya resuelto por le Excelentísima Corte Suprema respecto a que se presume que el Servicio de Impuestos Internos (“SII”), la Unidad de Análisis Financiero (“UAF”) y el Ministerio Público tienen un interés legítimo, en el ejercicio de sus atribuciones, para acceder a la información sujeta a reserva bancaria. El proyecto también establece que se presume que no resulta previsible el daño patrimonial al cliente titular de la información con la obtención de esa información por parte de las referidas tres entidades (nuevo inciso tercero del artículo 154).
2. Asimismo, el mensaje indica que se propone crear un procedimiento especial para la entrega de la información sujeta a secreto o reserva, según el cual la entidad bancaria a quien se requiera esta información en aquellos casos en que es procedente, deberá hacerlo dentro de un plazo breve, que en el proyecto es 5 días, dejando a salvo lo que dispongan otras leyes en la materia (nuevo inciso final del artículo 154).
3. Adicionalmente a lo indicado en el mensaje, el proyecto propone otras dos modificaciones relativas al secreto bancario:
 - a. Otorga la facultad a la UAF y al Ministerio Público para solicitar a la Comisión para el Mercado Financiero (“Comisión”) (en reemplazo de la actual Superintendencia) acceso a la nómina que ésta debe mantener permanentemente con información acerca de los depositantes de los bancos, con indicación de su rol único tributario, la identificación del tipo de cuenta o producto y su número de registro interno (nuevo inciso final del artículo 14).
 - b. Prescribe que, en aquellos convenios que se suscriban con las instituciones fiscalizadoras bancarias extranjeras para compartir con ellas información protegida por el secreto bancario, se establecerá que respecto de esa información secreta se debe proceder de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 N°5 de la ley N°21.000 que crea la Comisión, el que a su turno determina la forma en que el fiscal de la Comisión pueda acceder a información sobre operaciones bancarias sometida a secreto o sujeta a reserva (nuevo parte final del inciso final del artículo 82).
4. En términos generales, me parece que las enmiendas que el proyecto propone en esta materia limitan la garantía individual de la intimidad y privacidad de las personas. En efecto, lo que se denomina como “deber de secreto y reserva bancaria” no es más que la expresión de esa garantía constitucional. No se trata, como su nombre o aplicación puedan sugerir, de un derecho, privilegio o beneficio de los bancos para conservar bajo secreto sus operaciones, sino que se trata de un mandato para éstos de no infringir el derecho a la intimidad y privacidad de sus clientes que han confiado en los bancos de la misma manera que confían en que su hogar y su intimidad estarán resguardados de intrusiones de terceros.

Existen situaciones en que, tratándose de información que la ley ha calificado de reservada, se otorga cierto grado de discrecionalidad al banco para que, de concurrir los supuestos que la ley indica, éste pueda razonablemente estimar que levantar el deber de confidencialidad está justificado y no produce daños al cliente. Sin embargo, ello no implica que la entidad bancaria en esos casos esté exenta de responsabilidad frente al cliente si los supuestos no fueron correctamente evaluados y ello conlleva la infracción de sus derechos individuales.

5. En una etapa del desarrollo en que uno de los objetivos que se estiman valiosos es la bancarización de todos los ciudadanos, parece contradictorio que se debilite uno de los fundamentos que permiten esa bancarización, como es la confianza de que con ello no se pondrá en riesgo su derecho a la privacidad.

6. En todos aquellos casos en que está en juego la eventual limitación, perturbación o restricción de una garantía constitucional de los individuos, debe existir un adecuado control jurisdiccional previo para prevenir que ello no suceda de manera abusiva ni arbitraria. Este principio está recogido en diversos cuerpos legislativos recientemente reformados en relación con el deber de secreto y reserva bancaria, como la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, la ley que crea y establece las funciones de la UAF, y el Código Tributario. Así también lo establece el Código Procesal Penal respecto de actuaciones dentro del procedimiento penal.

7. En este sentido, el proyecto no limita adecuadamente las facultades del SII, de la UAF y del Ministerio Público, puesto que permite el acceso a la información privada (reservada) de los ciudadanos de forma general, irrestricta e incontrovertible por los afectados, sin que se dé la oportunidad al titular de la información de conocer de la solicitud de información o de sus fundamentos, ni de oponerse a ella, y sin que se establezca la necesidad de control judicial previo.

8. Por otra parte, el proyecto no atiende las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”) en cuanto a que las medidas de acceso al secreto bancario no reducen la importancia de éste, instando a los países miembros a examinar sus legislaciones, normativas y prácticas de maneja de garantizar que la información sea debidamente protegida contra cualquier divulgación o uso inapropiado, lo que la OCDE reconoce puede requerir de un procedimiento judicial preventivo.

9. Mi propuesta es que el proyecto de ley debe mantener la obligación de secreto y reserva bancaria, sin establecer presunciones incontrovertibles en contra de las garantías individuales, de manera tal que el derecho al acceso a la información reservada por parte del SII, de la UAF y del Ministerio Público quede adecuadamente limitado para aquellos casos en que se justifica la intromisión en la intimidad y privacidad de los ciudadanos, proponiendo que ese límite sea el control judicial previo, el que podrá ser establecido a través de un procedimiento expedito que evite dilaciones pero que dé garantías de ausencia de abusos y arbitrariedades por parte de las autoridades fiscalizadoras, investigadoras y sancionadoras.

10. Los fundamentos de las observaciones antes enunciadas a las modificaciones propuestas son los que se pasan a explicar en mayor detalle a continuación.

11. La existencia del secreto bancario se ha fundamentado de diversas maneras. Así, la OCDE ha señalado que el secreto bancario es un requisito fundamental de cualquier sistema bancario saludable, puesto que es poco probable que los clientes confíen su dinero y sus actividades financieras si no estuviere asegurada la confidencialidad de sus operaciones.¹ En el orden nacional, se ha estimado que el secreto bancario se puede derivar del derecho constitucional a la intimidad, consagrado en el artículo 19 N°5 de la Constitución Política de la República.

12. La legislación nacional ha normado el secreto bancario primero en la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques y luego en la Ley General de Bancos. Esta última distinguió entre “secreto bancario”, aplicable a los depósitos y captaciones de cualquier naturaleza que reciban los bancos, y “reserva bancaria”, aplicable a todas las demás operaciones bancarias.

13. La obligación de secreto bancario es, en principio, absoluta, levantándose sólo cuando una disposición legal expresa lo autoriza o una autoridad facultada para ello lo requiere.

14. Por su parte, la obligación de reserva bancaria reconoce un grado de protección menor al secreto bancario, en cuanto cede en favor de quien demuestre un interés legítimo en la información y siempre que no sea previsible que su conocimiento pueda ocasionar daño patrimonial al titular de ella. Como ha señalado la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la excepción será que un banco esté facultado para dar a conocer información reservada a terceros, pero puede hacerlo si se cumplen copulativamente ambos requisitos.²

15. Cabe destacar que tanto en el caso del secreto como en el de reserva, es el banco respectivo el que debe cumplir con estas obligaciones, y en consecuencia en ambos casos es el responsable de la confidencialidad frente al titular de la información. Desde esta perspectiva, de no mediar norma expresa o autorización judicial, es la respectiva entidad bancaria la que asume el riesgo al entregar información sujeta a secreto o reserva a terceros distintos de su titular, y de eventualmente vulnerar los derechos del titular de la información. La existencia del secreto y la reserva bancaria admiten el mismo fundamento.

16. Existen situaciones en que la ley ha determinado que procede el levantamiento del secreto y/o la reserva bancaria. El común denominador de ellas es que se fundamentan en casos graves y que, salvo consentimiento del titular de la información, requieren intervención judicial. Así encontramos los siguientes ejemplos:

- a.** La ya mencionada Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, reformada el año 2015³, admite levantar el deber de estricta reserva respecto de los movimientos de la cuenta corriente de un titular y de sus saldos, sólo tratándose de causas civiles, causas criminales o investigaciones criminales

¹ “Mejorar el acceso a la información bancaria por motivos fiscales”. OCDE, 24 de marzo de 2000.

² Circular N°2.495 de 6 de noviembre de 1989.

³ Mediante la Ley N°20.818.

llevadas a cabo por el Ministerio Público, y previa intervención y autorización de un tribunal de justicia o del juez de garantías, según corresponda.⁴

- b. La ley N°19.913 que crea la UAF, también reformada el año 2015⁵, establece que para requerir información relativa a operaciones sospechosas amparada por secreto o reserva, la UAF deberá efectuar una solicitud fundada a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, la que deberá autorizarla previamente también por resolución fundada.
- c. El Código Tributario⁶, reformado en lo que interesa el año 2009⁷, permite lo siguiente respecto de operaciones bancarias de personas determinadas, comprendiéndose todas aquellas sometidas a secreto o sujetas a reserva:
 - i. La Justicia Ordinaria o los Tribunales Tributarios y Aduaneros, según sea el caso, pueden autorizar su examen en procesos seguidos por delitos tributarios o para la aplicación de sanciones.
 - ii. El SII puede requerir esa información cuando ella resulte indispensable para verificar la veracidad e integridad de las declaraciones de impuestos o falta de ellas; o para cumplir con requerimientos de información con entidades tributarias o autoridades extranjeras en virtud de convenios suscritos por Chile. En estos casos, se establece un procedimiento de solicitud de información en primer lugar al banco respectivo. Éste debe comunicar esta solicitud al titular de la información, estando facultado para oponerse o allanarse. Si se opone o no contesta dentro del término legal, el banco no puede entregar la información, a menos que el SII obtenga una resolución judicial al efecto.

17. Como se puede observar, ante el conflicto de dos bienes jurídicos protegidos – por un lado el derecho constitucional a la intimidad manifestado en el secreto y reserva bancaria, y por el otro, aunque más difuso, la finalidad del Estado de promover el bien común – la legislación ha optado por el control jurisdiccional. De esta manera, ha optado por que aquel conflicto se dirima en último término por una autoridad judicial, llamada a velar por la legalidad y protección de los titulares de la información en contra de posibles arbitrariedades de las autoridades estatales. Es la autoridad judicial la llamada a ponderar los intereses y bienes jurídicos protegidos en juego, y desde el marco legal tomar la decisión de autorizar o no el levantamiento del secreto o la reserva bancaria.

18. Esta modalidad de control jurisdiccional no es ajena a los Estados miembros de la OCDE. Como ésta lo ha señalado en relación con las recomendaciones para mejorar el acceso a la información bancaria por motivos fiscales, el acceso a esa información puede ser de varios tipos, ya sea directa, como en aquellos casos en que la autoridad tributaria está facultada para recabar la información del banco sin intermediación, o indirecta, como en aquellos casos en que se requiere un procedimiento judicial o administrativo. La OCDE

⁴ Artículo 1°.

⁵ Mediante la Ley N°20.818.

⁶ Artículo 62.

⁷ Mediante la Ley N°20.406.

advierte que, tratándose de aquellos casos en que el acceso es indirecto, se debe poner especial cuidado en que los procedimientos no sean demasiado complejos ni largos, para que no entorpezcan el acceso a la información. No obstante, a continuación reconoce que las medidas de acceso al secreto bancario no reducen en ningún caso la importancia del secreto bancario, cuál es una obligación fundamental de cualquier sistema bancario sano, por lo que los países miembros deberán examinar sus legislaciones, normativas y prácticas y realizar aquellas modificaciones para garantizar que la información de los contribuyentes sea debidamente protegida contra cualquier divulgación o uso inapropiado.

19. En el marco de la tramitación del proyecto del ley del año 2009 que modificó el Código Tributario, el Colegio de Abogados de Chile A.G. hizo presente que, considerando que en Chile existe una arraigada tradición en materia de secreto bancario, se debe compatibilizar el interés por la observancia de las normas de la OCDE con el mandato constitucional del resguardo de la privacidad.

20. Todo lo dicho precedentemente en cuanto al conflicto de bienes jurídicos protegidos resulta aplicable tanto para aquellos casos en que se pretende levantar el secreto bancario como en aquellos en que se busca acceder a información reservada. Igualmente, ello resulta aplicable tanto al acceso a esa información por la autoridad tributaria como al acceso por aquellas entidades encargadas de prevenir delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y otros afines y por aquellas encargadas de la investigación y persecución de esos delitos.

21. El proyecto de ley, al presumir el interés legítimo del SII, de la UAF y del Ministerio Público para acceder a información bancaria sujeta a reserva, y al presumir asimismo que no resulta previsible el daño patrimonial del titular de esa información, socava la posibilidad de controles jurisdiccionales y de defensa del titular de la información. El proyecto no contempla ni la comunicación previa al afectado ni a una autoridad jurisdiccional. En la práctica, significaría una presunción de derecho en favor de esas entidades estatales en contra del ciudadano, no sólo invirtiendo la carga de la prueba en contra del ciudadano, sino que tornándola imposible. En efecto, al titular de la información le será imposible probar que no se dan las condiciones que la ley presume, puesto que carece de información acerca de los fundamentos de la solicitud efectuada por estos terceros, ya que esta no le es notificada. Y aunque tomara conocimiento de la solicitud, sólo podría intentar probar que, en su caso, el SII no tiene interés en determinar la eventual infracción a las obligaciones tributarias, o que la UAF o el Ministerio Público no tienen interés en investigar y perseguir los delitos de su competencia, lo que resulta por cierto imposible, toda vez que esas funciones fluyen de las respectivas facultades de estas entidades. En el entendido de que en ocasiones, particularmente tratándose de la comisión de delitos, la información al afectado podría obstruir el fin buscado, parece razonable, como lo hacen otras leyes, que en su reemplazo se exija el control jurisdiccional de la solicitud de información.

22. La Excelentísima Corte Suprema, en la sentencia citada en el mensaje del proyecto de ley, se refirió a una acción de nulidad relacionada con una resolución específica del SII por el cual se requiere a los bancos que entreguen una declaración jurada anual con el detalle de ciertas operaciones bancarias desde y hacia el exterior realizadas por encargo de

terceros. En su sentencia, nuestra más alta magistratura señala que *“es ineludible concluir que el Servicio de Impuestos Internos tiene un interés legítimo porque fluye directamente de sus facultades, y que dicho interés no es necesario acreditarlo cuando –como acontece en el caso sub lite- la información pretendida no está asociada a contribuyentes específicos. En esta última hipótesis resulta claro que el Servicio deba exponer circunstanciadamente las razones de su requerimiento”*. Es decir, la sentencia se refiere a un caso particular y concreto en que se determina la procedencia de la solicitud del SII para los precisos fines indicados en el caso de que se trataba puesto que se refiere a información que no puede asociarse a contribuyentes específicos, sino que a la generalidad de los contribuyentes. Para poder determinar esa procedencia de la solicitud de información sujeta a reserva bancaria, sobre todo en aquellos casos en que se solicita información que sí puede asociarse a contribuyentes específicos, se requiere que el SII fundamente su requerimiento, fundamento que resulta apropiado pueda ser revisado y validado por una instancia jurisdiccional como requisito previo al acceso a la información. Cabe destacar que el SII es una autoridad con extensas atribuciones en materia de fiscalización del cumplimiento de obligaciones tributarias, incluyendo la facultad de requerir de los contribuyentes toda la información que justifique la veracidad de sus declaraciones, recayendo en el contribuyente la carga de probar la veracidad de aquellas, excluyéndose en un juicio tributario posterior toda aquella información que hubiere sido requerida al contribuyente y éste no hubiere presentado. En aquellos casos, como puede ser el caso sobre el que resolvió nuestra Excelentísima Corte Suprema, en que en los hechos esas funciones del SII no puedan cumplirse mediante el requerimiento de información a los contribuyentes, puede ser legítimo para éste requerir la información por otros medios que eventualmente entren en conflicto con la garantía constitucional de la privacidad. Pero esa legitimidad no debe presumirse en todos los casos, sino que debe ser objeto de control judicial.

23. Por otra parte, la modificación propuesta que permite a la UAF y al Ministerio Público solicitar la nómina de depositantes de los bancos que la Comisión debe mantener permanentemente, con indicación de su rol único tributario, identificación del tipo de cuenta o producto y su número de registro interno, supone el acceso a información secreta que de otra manera debería requerirse con autorización previa. El contenido de esta nómina fue ampliado recientemente por la Ley 20.818 del año 2015, ya que antes ella sólo debía contener el rol único tributario del depositante bancario. Cuando se discutió esta reforma legislativa, se destacó que ello permitiría al Ministerio Público saber a qué banco preguntar por las operaciones de un sujeto investigado, de manera de obtener las autorizaciones judiciales correspondientes para el levantamiento del secreto. Sin embargo, con esta facultad desde ya se está accediendo a información sujeta a secreto bancario, por lo que resulta adecuado que, en la investigación de un sujeto sospechoso, se pida autorización judicial previa para, en primer lugar requerir la información de esta nómina, y luego (o simultáneamente) para levantar el secreto bancario respecto de ese sujeto, con antecedentes que lo justifiquen.

24. Finalmente, respecto de solicitudes de información sujeta a secreto por parte de instituciones fiscalizadoras bancarias extranjeras, el proyecto les hace aplicable el procedimiento establecido para que el fiscal de la Comisión pueda acceder a información sobre operaciones bancarias sujetas a secreto o a reserva. Según ese procedimiento, el fiscal, fundadamente, puede solicitar información sujeta a secreto o reserva bancaria, sólo

respecto de personas determinadas y de información indispensable para verificar la realización de conductas que constituyan infracciones a las normas que rigen a quienes están fiscalizadas por la Comisión y que, a su vez, se encuentren tipificadas como delitos. El ejercicio de esta atribución sólo procederá con la autorización previa de un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago. Este procedimiento es concordante con lo señalado anteriormente en cuanto entiende que el acceso a información secreta o reservada debe ser excepcional, para casos graves, fundamentada y, en todo caso, visada por la autoridad judicial.

25. En consecuencia, estimo que la modificaciones propuestas por el proyecto de ley deben conciliarse con los principios que rigen nuestra actual legislación, normativa y práctica y establecer en todos los casos, tanto para el acceso a información secreta como reservada, el control jurisdiccional previo, de manera de salvaguardar los derechos de los titulares de la información, sin que éstos sean conculcados en virtud de presunciones incontrovertibles en favor de los organismos estatales.

Juan Antonio Parodi M.
Abogado
Socio de Cariola Diez Pérez-Cotapos