



CONSIDERACIONES SOBRE EL SECRETO BANCARIO EN CHILE Y SUIZA

por Rodrigo Pablo LOBOS FUENTES ()*

Índice

Introducción.

I. Primera Parte. Sobre el secreto bancario y su evolución en Chile y Suiza.

1. Noción de secreto bancario.

1. 1. Relación banco-cliente.

1. 1. 1. Sujeto activo en el secreto bancario.

1. 1. 2. Sujeto pasivo en el secreto bancario.

a. Bancos comerciales.

b. Sociedades financieras.

c. Empleados, funcionarios o dependientes.

1. 1. 3. Obligación de secreto bancario.

a. De no hacer.

b. Indeterminada en el tiempo.

c. General frente a terceros.

2. Sobre algunas teorías que fundamentan al secreto bancario.

a. En el uso.

b. En el contrato.

c. En el secreto profesional.

II. Segunda parte. Fundamento del secreto bancario en el derecho a la intimidad.

1. Génesis.



2. En Suiza y Chile.

2. 1. Origen y fuentes legales del secreto bancario suizo y chileno.

2. 1. 1. Constitución Política de la República de Chile de 1925.

2. 1. 2. Circular Número 93 de fecha 10 de Abril de 1929 dictada por la Superintendencia de Bancos de Chile.

2. 1. 3. Federal Banking Act de 8 de noviembre de 1934 de Suiza.

a. Origen.

b. Intensificación del secreto bancario suizo.

b. 1. Espionaje Nazi.

b. 2. Presión de la izquierda francesa.

2. 1. 4. Ley sobre cuentas corrientes y cheques de 1943 de Chile.

2. 1. 5. Acta Constitucional N° 3 de 13 de septiembre de 1976 de Chile.

a. Circular N° 84 de 22 de junio de 1977 del Servicio de Impuestos Internos de Chile.

b. Oficio ordinario N° 1.122 de fecha 26 de junio de 1978 del Ministerio de Hacienda de Chile.

c. Circular N° 1.695 de 23 de julio de 1980 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile.

d. Caso Banco O'Higgins en Chile (Corte Suprema, 2 de abril de 1981).

i. Recurso de protección.

ii. El fallo de la Corte de Apelaciones (29 de diciembre de 1980).

iii. El fallo de la Corte Suprema (2 de abril de 1981).

e. Proyecto de ley sobre reserva bancaria abortado de 1981 en Chile.

2. 1. 6. Constitución Política de la República de Chile de 1980.

2. 1. 7. Decreto con Fuerza de Ley N° 707 de 7 de octubre de 1982 en Chile.

2. 1. 8. Ley N° 18.576 del año 1986, que modifica a la Ley General de Bancos contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 252 en Chile.

III. Tercera parte. Algunas comparaciones sobre el secreto bancario en el derecho suizo y chileno, y profundizaciones sobre el secreto bancario en Chile.



- 1. Comparación de normas fundamentales que protegen al secreto bancario en Chile y Suiza.**
- 2. Sobre las sanciones impuestas a la violación del secreto bancario chileno y suizo.**
- 3. Algunas consideraciones sobre el secreto bancario y la evasión de impuestos en Chile y Suiza.**
- 4. El secreto bancario y el lavado de dinero en Chile y Suiza.**
 - 4. 1. En Suiza.**
 - 4. 1. 1. Procedimiento suizo contra el lavado de dinero.**
 - 4. 1. 2. Medidas utilizadas por Suiza en la lucha contra el lavado de dinero.**
 - 4. 1. 2. 1. Medidas preventivas.**
 - 4. 1. 2. 2. Vigilancia bancaria y autorregulación de los bancos suizos.**
 - 4. 1. 2. 2. 1. Código de debida diligencia.**
 - 4. 1. 3. Política suiza sobre el lavado de dinero.**
 - 4. 1. 4. Regulación del sector financiero suizo.**
 - 4. 1. 5. Cooperación judicial internacional de Suiza.**
 - 4. 2. En Chile**
 - 4. 2. 1. Procedimiento chileno contra el lavado de dinero.**
 - 4. 2. 2. Cooperación judicial internacional de Chile.**
 - 4. 2. 3. Alcance sobre el Banco Central de Chile y el lavado de dinero.**
 - 4. 2. 4. Circular N° 3.105 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile, de 29 de enero de 2001, sobre la prevención de lavado de activos.**
 - 4. 2. 5. Próxima Unidad de Análisis e Inteligencia Financiera chilena y el secreto bancario.**
- 5. El secreto bancario y la quiebra en Suiza y Chile.**
 - 5. 1. En Suiza.**
 - 5. 2. En Chile.**
- 6. Alcances sobre el secreto bancario y la Ley N° 19.628, de 28 de agosto de 1999, sobre protección de la vida privada en Chile.**
 - 6. 1. Utilización y manejo de datos personales conforme a la Ley 19.628.**
 - 6. 2. De los derechos de los titulares de datos.**
 - 6. 2. 1. Condiciones de ejercicio de los derechos.**



6. 2. 2. Excepciones a los derechos de los titulares de Datos Personales.

6. 3. De la utilización de datos personales relativo a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial.

6. 4. Información sujeta a secreto bancario como fuente de datos restringida.

7. Secreto bancario y cuentas numeradas suizas.

7. 1. Cómo funcionan las cuentas numeradas.

7. 2. Administración de cuentas numeradas.

Conclusión.

Bibliografía.

Introducción.

En este trabajo busco exponer la evolución que ha sufrido el secreto bancario en nuestra nación a lo largo de la historia, principalmente enfocando a aquella en el aspecto jurídico, pero sin dejar de lado aquellos que nos explican las razones de los violentos y audaces cambios que ha sufrido esta institución.

Claro está que esto no es novedoso, pero sí lo es la forma en que lo presento, ya que permite al lector imaginar y quizás comprender la concepción que ha habido tras esta regla, de ya siglos en las bancas del mundo, en nuestro país en un orden cronológico y, además, comparativo ya que voy de la mano con el desarrollo de este instituto en otra nación.

En vista del concepto que de esta institución exista, a la que obviamente se le atribuyen diferentes elementos, pero que en su mayoría son comunes en razón de la homogeneidad de la banca a nivel mundial, se nos facilita la búsqueda de su fundamento. Aunque no debe creerse que la controversia no haya rodeado el tema, sobre todo a nivel académico y jurídico.

Este, fuera de todo lo anterior, es un tema de gran interés, debido a que la postura que se asuma sobre él en la legislación de un país determina en gran forma el desarrollo de su actividad económica, fuere para bien o mal.



Mi posición, de partida, es que debe protegerse al secreto bancario como uno de los principales elementos propulsores de la economía de un país. Por eso es que a lo largo de estas páginas se encontrarán reiterativas alusiones a la nación que ha logrado convertir a esta institución en un producto que atrae la inversión y depósitos de capitales hacia ella, lo que le ha permitido convertirse en uno de los centros financieros internacionales más importantes del mundo. Aquella nación es prácticamente la madre del secreto bancario y posee la legislación más vanguardista en lo que a él se refiere. Suiza y el secreto bancario tienen una historia común. Uno podría preguntarse qué sería de uno sin el otro.

La normativa legal que ha servido de antecedente a esta institución será mencionada y detallada con precisión, en lo posible, y esto nos permitirá observar de las armas que se valieron ingeniosos juristas para resguardar algo valioso. Estos hombres tenían ya una visión de lo que éste implica y importa. Lamentablemente, como se verá, nuestros tribunales tienden en ocasiones, salvo inéditas excepciones en casos puntuales, a favorecer el levantamiento del secreto bancario, dejando al público en una grave exposición y indefensión ante organismos como el Servicio de Impuestos Internos, citando como ejemplo la modificación que se realizó al artículo 101 de la Ley de la Renta que se trata tangencialmente en este trabajo.

Tal vez no sea de lo más relevante, pero a mí me molesta digamos que por apariencia, que el órgano supervisor de las instituciones financieras dependa directamente del ejecutivo, es decir, el Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras es un funcionario público de la exclusiva confianza del Presidente de la República.

Este órgano tiene acceso, de una u otra forma, a la información protegida por el secreto y reserva bancaria en nuestro país. Eso me da una mala impresión.

Aquí no pretendo analizar todos los aspectos del secreto bancario, sino lo es que a mi parecer relevante y de importancia actualmente.

Considerando que el instituto en comento es de aquellos que deben ser establecidos y configurados dentro de un sistema legal con tal precisión y prudencia, atendido al mal uso que se le puede dar, ya fuere por el abuso que de él se haga internamente, por ejemplo aprovechándolo para evadir impuestos, o porque en un mundo cada vez más globalizado donde el crimen traspasa las fronteras, pero no así los criminales, buscando las formas más ingeniosas y audaces para legitimar sus ganancias, es que he dedicado una parte de este trabajo a realizar algunas consideraciones de valor en cuanto aquello, como así también a



analizar los instrumentos que la ley ha dispuesto para combatir estas degeneraciones que se tratan de provocar a lo que en principio es una herramienta beneficiosa para el progreso de un país.

La idea perseguida es también comparar objetivamente, y en la medida de lo que me es posible, los elementos que distinguen al secreto bancario en nuestro país del suizo. Es que personalmente considero admirable la estructura legal que se otorga a la institución en aquel país. Pero me doy cuenta que para llegar a tal punto se necesita de un pueblo maduro, consecuente con el bienestar de su país, que tenga una cultura y conciencia que permita dar mayor valor a las libertades individuales que a la potestad del Estado, lo que se refleja en el caso suizo en la gran protección que se brinda al derecho a la intimidad de las personas, sobre todo en su aspecto económico, a través del secreto bancario fundamentado en el secreto profesional, por sobre cualquier interés que pueda tener el Estado, principalmente en lo que se refiere a la recaudación de los tributos.

Quisiera terminar este punto haciendo mención al hecho que a lo largo de estas páginas, en base al resultado de mi investigación, me permito hacer consideraciones que implican a mi juicio mejoras, que constituyen observaciones objetivas que se fundan en los antecedentes que en estas páginas proporciono, que en el fondo importan el hecho de estar restringiéndose en demasía al secreto bancario en función de los intereses del Estado, no siempre habiendo una razón o derecho suficiente, a mi juicio, y que imposibilitan la conversión de nuestro país en un centro financiero de importancia internacional.

I. Primera Parte. Sobre el secreto bancario y su evolución en Chile y Suiza.

1. Noción de secreto bancario.

Como ha de parecer obvio a los que conocen la ley, todos según ella, el secreto bancario nunca ha sido definido en términos explícitos por medio de la misma en nuestro ordenamiento jurídico.

En razón de este hecho, que no deja de ser significativo, es menester echar



mano a recursos de otras fuentes para lograr un alcance más aproximado de este instituto. Es así como la doctrina viene a salvar el vacío que ha dejado el silencio legal al respecto.

Teniendo en cuenta, primeramente, al solo secreto como "lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto", se puede luego completar la ecuación que se forma al introducir a éste en el ámbito financiero. Es así como diversos autores han elaborado precisas definiciones para el secreto bancario, incorporando elementos que les han parecido pertinentes atendida la concepción que se tiene de esta regla en sus respectivos sistemas legales. Cabe, por tanto, citar las que han construido algunos de ellos, tales como:

a. El chileno Alejandro Vergara Blanco lo define "como lo que cuidadosamente tienen reservado y oculto los bancos";

b. el alemán Shitermann sostiene que constituye "el derecho correspondiente a la obligación del banco de no dar información alguna, sea sobre las cuentas de sus clientes, sea sobre aquellos hechos ulteriores que haya llegado a conocer en razón de su relación con el propio cliente";

c. el argentino Jorge Labanca, para quien "es un deber de silencio a cargo de los bancos respecto de hechos vinculados a las personas con quienes mantienen relaciones comerciales";

d. el argentino Juan Carlos Malagarriga, para quien el secreto bancario es "la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros, sin causa justificada, los datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan";

e. los franceses René Rodiere y Jean Louis Rives Lange establecen que el secreto bancario "es un deber de discreción al que se encuentran obligados los banqueros por ser detentadores de informaciones confidenciales, sea sobre sus clientes o sobre terceros".

f. el chileno Juan Pinto Lavín lo determina como "la obligación que tienen los bancos de mantener en reserva las informaciones que han obtenido sobre sus clientes en las relaciones propias de su actividad y que no pueden revelar a terceros sin autorización".

Para acotar el asunto sería justo decir que hallaremos tantas definiciones como autores, por lo que con las expresadas se puede estar conforme.

1. 1. Relación banco-cliente.



Por ser algo obligadamente necesario para internalizar la idea escondida tras este instituto es menester analizar la relación que le da lugar. Entonces, es indispensable indicar como principal referente a la confianza como lo que es, ha sido y probablemente será, lazo que ha llevado al público a acercarse a los bancos para obtener una eficaz y prolífica intermediación de su dinero, en las formas que fuere. Siguiendo este camino cabe resaltar, en primer lugar, a los sujetos que conforman esta especial relación, el banco y el cliente, y seguidamente referirse a las obligaciones que se crean en razón de ella.

"No puede observarse un derecho ni una obligación carentes de titular", como dice Juan Carlos Malagarriga, lo que acierta perfectamente en este caso.

Entonces, por una parte está el cliente, sujeto activo y titular del derecho a exigir reserva, y por el otro el banco, sujeto pasivo obligado a guardar estos secretos, y además, cada vez más con mayor frecuencia un tercero, sea la Administración o los Tribunales, que viene a tornar un entramado complejo de la relación previa.

1. 1. 1. Sujeto activo en el secreto bancario.

El cliente detenta tal calificativo, lo que solamente viene a reafirmar lo expuesto en las definiciones previas del secreto bancario.

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

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

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

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

- a. La persona que habitualmente recurre a un banco, y que tiene para



éste el carácter de cliente; por ejemplo un cuentacorrentista o una persona que tiene depósitos a plazo o que realiza con el banco diferentes tipos de operaciones bancarias, y no sólo depósitos o captaciones, sino también operaciones de comercio exterior o cambios internacionales.

b. La persona que realiza "actos preparatorios" para llegar a ser cliente del banco; por ejemplo quien desea o aspira a tener una cuenta corriente en un determinado banco. Es la persona que ha formulado solicitudes a una institución financiera para ser cuentacorrentista o para pedir un determinado crédito hipotecario. Estos son actos destinados a preparar una futura relación jurídica permanente con el banco, en virtud de los cuales la persona pondrá en conocimiento de éste diversos antecedentes económicos o de inversiones que desea realizar.

Aún cuando no se concrete la formalización de esta persona como cliente, siendo rechazada la solicitud por el banco, para efectos de secreto bancario se le debe considerar a ella como cliente. Es lo correcto, atendido a que el banco ha tomado conocimiento de la intimidad económica de esta persona, que por los fundamentos señalados para esa institución no debe ser revelados. Es el caso de las "demás operaciones" que señala el artículo 154, inciso segundo, de la Ley General de Bancos contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3 de 1997.

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

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

Sin embargo, como en casi todas las cosas, hay posturas en el otro sentido, es decir, algunos sostienen que el concepto de cliente debe ser más restringido. A modo ejemplar cabe citar una sentencia en Gran Bretaña en que se sostuvo que para constituir a alguien en cliente de un banco debía haber en las relaciones de aquel con éste un hábito en la realización de negocios bancarios, y que fueren



realizados en forma regular, y que "una transacción aislada de esta naturaleza o una serie de transacciones no comúnmente asociadas con los negocios bancarios no es suficiente". Como consecuencia de lo anterior, el criterio predominante para determinar la calidad de cliente en Inglaterra ha sido la existencia de una cuenta corriente a su nombre.

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

1. 1. 2. Sujeto pasivo en el secreto bancario.

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

Expuesto lo anterior, se verá a cada uno de los sujetos mencionados previamente en mayor profundidad.

a. Bancos comerciales.

De acuerdo a lo prescrito por la Ley General de Bancos (Decreto con Fuerza de Ley N° 3 de 19 de diciembre de 1997) en su artículo 40, inciso único, "banco es toda sociedad anónima especial que, autorizada en la forma prescrita por esta Ley (Ley General de Bancos) y con sujeción a la misma, se dedique a captar o recibir en forma habitual dinero o fondos del público, con el objeto de darlos en préstamo, descontar documentos, realizar inversiones, proceder a la intermediación financiera, hacer rentar estos dineros y, en general, realizar toda otra operación que la ley le permita".

Cabe recordar la existencia del BancoEstado, que es regido por su propia Ley Orgánica (cuyo texto se encuentra en el Decreto Ley 2.079 de 18 de enero de 1978), pero que en realidad no merece más en atención a que por disposición de la misma ley, en su artículo 2°, "el Banco se regirá preferentemente por las normas



de esta Ley Orgánica, y en lo no previsto en ella, por la legislación aplicable a las empresas bancarias y demás disposiciones que rijan para el sector privado. No le serán aplicables, por tanto, las normas generales o especiales relativas al sector público, salvo que ellas dispongan de modo expreso que han de afectar al Banco Estado".

Y además porque en el artículo 29, de la recién mencionada norma, se prescribe que "el banco podrá efectuar las funciones, actividades, operaciones e inversiones propias de los bancos comerciales y de fomento, con sujeción a los fines y plazos que las respectivas leyes contemplen. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior serán aplicables a ellas, cualquiera que sea su naturaleza, las mismas obligaciones, limitaciones y prohibiciones que rigen para los bancos comerciales".

Por tanto, todos estos bancos están sujetos a la obligación de secreto bancario, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley General de Bancos.

Así y todo, el Banco Central de Chile queda fuera del ya mencionado margen debido a que por su autonomía y autoridad monetaria tiene un carácter diverso al de cualquier banco.

b. Sociedades financieras

Conforme a lo señalado por el artículo 112 de la Ley General de Bancos "... sólo podrán constituirse como sociedades anónimas, son entidades cuyo único y específico objeto social es actuar como agentes intermediarios de fondos y realizar las operaciones que les autoriza el presente Título (de la misma ley)...".

Luego, el artículo 113 señala que "las sociedades financieras se regirán por las disposiciones de la presente ley, por las del Código de Comercio y los preceptos del Reglamento de Sociedades Anónimas que sean aplicables a los bancos.

Todas las referencias a bancos o empresas bancarias que se hacen en esta ley se entenderán hechas también a las sociedades financieras, siempre que sean aplicables a éstas".

Es este último inciso el que convierte a las sociedades financieras en sujetos pasivos del secreto bancario, haciéndose plenamente aplicable a ellas el artículo 154 de la Ley General de Bancos.

c. Empleados, funcionarios o dependientes.



Es una cláusula común en los contratos de los funcionarios bancarios la que a continuación es expuesta:

"Considerando que en una empresa bancaria son bases esenciales de su funcionamiento y desarrollo el prestigio y la confianza que en él tenga el público..., el empleado se obliga a guardar la más absoluta reserva de las operaciones del banco y sobre las que ejecuten sus clientes..., bajo sanción de caducidad del contrato y sin perjuicio de las acciones civiles y penales que sean procedentes".

Esto se debe a la propia obligación del banco, que obliga con igual intensidad a todos aquellos que presten servicios en él. Esto incluye no sólo a los funcionarios permanentes, sino también a quienes realicen trabajos esporádicos o externos, como por ejemplo los analistas, asesores o consultores que con motivo de un encargo específico hayan tomado conocimiento de cualquier noticia, dato o antecedente sobre aspectos económicos de uno o más clientes.

Aún es más, se hace referencia a este instituto en la mayor parte de los códigos de ética de las empresas bancarias y su infracción es considerada un incumplimiento grave de las obligaciones impuestas por el contrato.

No solamente durante la vigencia del contrato se hace vigente este deber de confidencialidad, sino que también después, a manera de salvaguarda.

Entonces, el deber de confidencialidad bancaria afecta a todo aquel, que de cualquier modo, trabaje en un banco o lo represente, así como también a personas que sin prestar servicios dentro de la empresa tienen que imponerse de sus operaciones.

1. 1. 3. Obligación de secreto bancario.

Ahora, habiendo expuesto los puntos anteriores, es posible y cabe señalar las características de la obligación de secreto bancario misma:

a. De no hacer.

Lo que resulta evidente atendido a que la idea es mantener información en carácter confidencial, reservado.

De acuerdo al autor chileno Arturo Alessandri Rodríguez una obligación de no hacer es "aquella cuyo objeto consiste en una abstención, imponiendo al deudor



la prohibición de hacer algo que sin la obligación le sería lícito ejecutar".

Por tanto, está obligado el banco a inhibirse de otorgar información a terceros ajenos al cliente, salvo las excepciones legales.

b. Indeterminada en el tiempo.

Lo que en otras palabras quiere decir que "el deber de silencio a que está sujeto el banco no se extingue con la operación o negocio que realiza el cliente, ni siquiera con la desvinculación de éste de la entidad financiera".

c. General frente a terceros.

La obligación es la de no entregar información a terceros, salvo en los casos exceptuados por ley; "la justicia ordinaria y la militar, en las causas que estuvieren conociendo, podrán ordenar la remisión de aquellos antecedentes relativos a operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso, sobre los...".

2. Sobre algunas teorías que fundamentan al secreto bancario.

Realizada una introspección suficiente sobre lo que el secreto bancario es, a qué obliga y a quienes involucra de forma más directa, se puede iniciar ya una exposición más doctrinaria acerca de sus bases fundacionales. Claro está de antemano que habrá tantas teorías como sistemas legales distintos en que exista este instituto, lo que se ha mencionado en este trabajo antes, pero lo que en definitiva importa es el fin perseguido, y los medios en este caso puntual dependen del medio legal, valga la redundancia.

Ahora, tratando siempre de enfocar el desarrollo de esta institución en la República de Chile es que se explicarán las teorías que más han sido recurridas por los juristas y litigantes de esta nación, pero haciendo mención, y detallando en la medida de lo posible a otras que obedeciendo a la más estricta franqueza no han tenido buen recibimiento, por decir lo menos, ya sea por la debilidad de sus argumentos o porque no tienen asidero en la realidad de esta patria.

Previo a la explicación de lo expuesto cabe mencionar que el secreto bancario, así como la mayor parte de las instituciones jurídicas, si es que no todas, tienen su real y práctico origen en los hechos. Es luego, a partir de la realidad



concreta y aprovechando los instrumentos que la ley provee que los juristas, autores estudiosos del tema, y los tribunales mediante la jurisprudencia formulan las más variadas estructuras jurídicas con el fin de dar fuerza, promover, limitar o anular mediante interpretaciones aquellas creaciones del legislador o la costumbre, según los valores que para ellos representen estos institutos. Por eso en este caso reza bien la frase que indica "primero está el hecho, después el derecho", aunque no siempre sea así.

Es prácticamente un postulado doctrinario el fundamentar una institución previo a su elaboración jurídica. Esto se aplica perfectamente al caso del secreto bancario.

Se han creado diversas teorías para fundamentar a esta institución, que a continuación se señalan y analizan:

a. En el uso.

Es el uso "la forma del derecho consuetudinario inicial de la costumbre, menos solemne que ésta y que suele convivir como supletorio con algunas leyes escritas". De lo dicho se infiere que el uso se encuentra en una categoría inferior a la costumbre.

En este caso para algunos el secreto bancario ha individualizado su fundamento "en un uso tradicional y universalmente observado por la banca de mantener reserva sobre los negocios del cliente, y en general, sobre sus relaciones con el público".

Se habla de una especie de uso mercantil, entonces. Pero otros han ido más allá y le han dado el carácter de costumbre mercantil. Para apoyar esto último los defensores de esta tesis recurren a la historia pasada, precisamente a cláusulas estatutarias impuestas por los bancos antiguos, del siglo XV aproximadamente. Se ha expuesto que las mencionadas cláusulas, que imponían la observancia del secreto bancario, fueron motivadas por el uso que obliga a la confidencialidad de la banca, lo que terminó siendo habitual para luego transformarse en una verdadera costumbre jurídica.

En algunos países, tales como Italia y España, se ha desarrollado esta teoría por algunos autores.

Giacomo Molle, autor de origen italiano, apoya esta teoría basándose en el artículo 1374 del Código Civil de Italia, según el cual: "El contrato obliga no sólo en



cuanto lo expresado en él, sino también a todas las consecuencias que deriven de la ley o, a falta de ésta, según la equidad".

"De este modo, las consecuencias que se derivarían son que por el solo hecho de la instauración de una relación contractual entre la banca y un cliente, el contenido convencional queda integrado por el uso, en el sentido que la banca quedaría sometida a respetar la reserva de toda noticia inherente al contrato contraído con el cliente y de las operaciones sucesivas que se realicen en ejecución del contrato mismo".

El autor español Joaquín Garrigues encuentra el fundamento del secreto bancario en su categoría de uso mercantil interpretativo. Señala que el fundamento hay que buscarlo una vez más en normas usuales de general vigencia, y el fundamento de este uso bancario, a su vez, debe buscarse en la naturaleza antes mencionada del contrato bancario como una relación de confianza. Para ello se vale del artículo 57 del Código de Comercio español, cual señala las normas de interpretación para los contratos mercantiles, y que además también destaca a la buena fe como elemento de interpretación y de ejecución: "Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones y abreviaciones el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones". Por otra parte se hace aplicable el artículo 1258 del Código Civil de España, en que "el contrato obliga no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

Sobre la base de ello, y principalmente al uso en el contrato bancario, el deber de respetar el secreto ha ido evolucionando lentamente hasta elevarlo a la categoría de uso mercantil.

Sin embargo, a las posiciones expuestas se les han formulado diversas críticas. Surgen interrogantes, tales como: ¿Existe jurídicamente el secreto bancario porque el uso lo consagra, o acaso el uso consagra al secreto bancario porque esta institución existe al margen del uso en el derecho?, ¿Es el uso fuente suficientemente habilitadora del secreto bancario en toda su extensión?. La respuesta es no, porque no puede limitarse la explicación del fundamento del secreto bancario simplemente a la utilización del uso mercantil. Además es necesario hacer la distinción, como lo veremos más adelante, entre el fundamento



del secreto bancario y su naturaleza jurídica, y el uso no responde al primero sino que al segundo.

Frente a estas interrogantes los autores que critican al uso como fuente del secreto bancario señalan que él solamente actúa en defecto de ley aplicable. Es por ello que estamos ante un uso *secundum legem* (que no es fuente jurídica) o *contra legem* (que es inaplicable jurídicamente). Pero si la norma escrita existe, no puede entonces invocarse como fundamento.

Por otra parte, también es criticable esta tesis debido a que actualmente prima un principio de supremacía de la ley sobre la costumbre.

Por tanto siempre correspondería preferir de manera absoluta a la ley respecto de la costumbre, cuyo ámbito de aplicación quedaría reducido al área no ocupada por las fuentes escritas.

Siendo así las cosas, "el recurso al uso resultaría insostenible frente a las leyes que contemplan cláusulas generales, las que de hecho estarían dotadas de un real contenido normativo".

Y este último es el caso de Chile, por lo que esta tesis falla notablemente.

La hipótesis de Joaquín Garrigues, ya mencionada, puede ser criticada, pero deben distinguirse dos cosas: En primer lugar, la interpretación y la ejecución de la obligación, y en segundo lugar, el fundamento del secreto bancario. De otra forma no es posible sostener que el fundamento del secreto bancario sea el uso en aquellos países en que exista norma escrita que trate el tema. No es correcto recurrir al uso para fundamentar al instituto en comento, ya que ello significa confundirlo con su naturaleza jurídica y ambos son cuestiones diferentes.

La naturaleza jurídica de esta institución tiene relación con su forma de manifestarse frente al mundo jurídico, con el problema de las fuentes, y como tal, su fuente puede ser legal, consuetudinaria o incluso contractual.

Fuera de lo anterior, cabe recalcar que el uso, como fundamento único del secreto bancario, sería una fuente de derecho imprecisa y perturbadora. Imprecisa porque existirían grandes dudas sobre sus límites y alcances. Siendo que el secreto existe, cuál es límite de su objeto o del comportamiento que impone. Ello es muy difícil de precisar por no existir norma escrita. Finalmente, es perturbadora debido a la existencia de actuaciones bancarias que violan en mayor o menor medida el secreto bancario, por ejemplo los informes bancarios.

b. En el contrato.



En este caso se predica que frente a la ausencia de norma el origen del secreto bancario no se encuentra ya en la costumbre, sino en el contrato que liga al cliente con el banco, y precisamente de esa obligación emana una cláusula que incluye el deber de confidencialidad por parte de la institución financiera. Esta doctrina postula que dentro de la obligación principal, que se señala en cada contrato, se incluya una obligación accesoria de mantener en secreto los antecedentes otorgados por los clientes.

Esta hipótesis ha sido impulsada en países como Inglaterra y Alemania, debido a que en este último su legislación no se pronuncia sobre el secreto bancario. Autores como Sichter mann sostienen "que la relación jurídica que conlleva el contrato es una relación de confianza de cual surge la obligación de la banca al mantenimiento del secreto que constituye una necesaria manifestación accesoria".

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

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

Esta misma posición es sostenida por Renzo Morera, quien reconoce al contrato una relación eminentemente fiduciaria que genera en el banco la obligación de mantener el secreto.

Pero es en Inglaterra donde esta teoría más fuerte se ha sentido en razón del histórico precedente jurisprudencial que sentó el fallo dictado en el caso "Tournier versus National Provincial Bank and Union Bank of England", por la Corte



de Apelaciones de Londres, en 1924, que en síntesis estableció que el deber de secreto era legal como derivado del contrato.

En el caso previamente mencionado el actor, un apostador empedernido, demandó al banco que le había otorgado un préstamo, por violación de secreto bancario, aduciendo que la entidad bancaria había informado a su empleador esa circunstancia, lo que originó su ulterior despido. Se sostuvo que había un derecho contractual calificado en el sentido de no proporcionar información que concerniera al depositante, que fue contraída por el banco en carácter de banquero.

En la sentencia se proclama que la obligación de secreto bancario se extiende más allá del mero contenido de la cuenta abierta a nombre de su cliente, afectando también a otras operaciones, como por ejemplo las relativas a valores.

También cabe exigir discreción por parte del banco con respecto a otras informaciones obtenidas acerca de su cliente al margen de la cuenta, siempre que el banco dispusiera de ellas en virtud de la relación profesional o empresarial con su cliente.

Antes de esta sentencia tenía este deber carácter relativo, sin embargo en ella se precisa que "el secreto bancario no puede concebirse como una obligación absoluta".

Entonces, existen cuatro ocasiones en que el secreto debe levantarse:

1. en virtud de una ley;
2. cuando el interés general así lo exigiese;
3. cuando los intereses del banco lo exigen;
4. cuando el cliente lo haya autorizado explícita o implícitamente.

Sin embargo, a esta teoría también se le han formulado críticas y descansan en el hecho que la responsabilidad contractual es poca garantía para el cliente. Se debe agregar que esta hipótesis se encuentra subordinada al campo del derecho privado, lo cual fomenta su debilidad al no encontrar argumentos de derecho público que permitan dar una mayor defensa a esta tesis.

c. En el secreto profesional.

Esta tesis es una de las posturas que cuenta con mayor adeptos. Lo que ella persigue es un balance entre el interés privado y el público tras el secreto bancario. Por ello, se toma como referente a las llamadas relaciones de confianza que Garrigues emplea para explicar la relación banco-cliente. Se agrega además "que



es necesario adecuar la noción del secreto profesional a las nuevas exigencias de una sociedad en continuo desarrollo".

Según un fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago se debe entender "por secreto profesional desde el punto de vista subjetivo, el hecho de saberse y mantenerse una cosa en reserva o sin manifestarse, sea por su índole, sea por promesa hecha antes o después de tomar conocimiento de ella".

Pero en Francia, que ha sido uno de los principales países en el desarrollo y aplicación de este fundamento del secreto bancario, junto con Italia, no se habla al respecto del secreto bancario (*secret bancaire*) sino del secreto profesional del banquero (*secret professionnel du banquier*). La antigua jurisprudencia francesa había admitido, inspirándose en el Derecho Romano que se podía censurar el testimonio de aquellos que debían guardar el secreto que les había sido confiado en el ejercicio de ciertas profesiones. Hasta ese momento, la revelación del secreto no era considerada punible. Sólo el sacerdote que develaba el secreto de confesión era castigado con penas severas.

Ello, posteriormente, sufrió ciertas modificaciones al tipificarse en el artículo 378 del Código Penal francés el delito de revelación de secretos. Este delito solamente podía ser cometido por ciertas personas, quienes por su estado, profesión o funciones hubieran conocido informaciones consideradas confidenciales.

Así fue como Francia se convirtió en uno de los primeros países en extender el secreto profesional al secreto bancario. Dicha doctrina posteriormente se difundió a diferentes países de Europa y a algunos de Hispano América, tales como Colombia y Méjico.

Autores franceses han aseverado que "no es posible sostener hoy en día que las funciones de los banqueros son puramente privadas, ni que recurrir a sus servicios es puramente facultativo. La banca se parece a un servicio público al que los jefes de empresas son obligados a recurrir. Para obtener un crédito indispensable para la vida de los negocios ciertos secretos de empresas son necesariamente confiados a los profesionales de la banca. Ellos deben estar sujetos, por tanto, al secreto profesional".

Gulphe, autor, se pronuncia en los siguientes términos: "el fundamento de esta obligación (de secreto) debe hallarse en las razones y motivos que justifican su existencia respecto de las profesiones en general". Agrega, "no se discute en el plano moral de una obligación de silencio a cargo del depositario de las confidencias ajenas. El derecho, sin embargo, no consagra este deber imperioso de conciencia



sino es en el caso particular en que se trate de hechos confidenciales, conocidos por una persona en el ejercicio o en una ocasión de profesión. La ley impide entonces formalmente su divulgación, y ésta prohibición, que constituye esta obligación al secreto profesional está acompañada de una sanción penal".

En la misma situación, autores italianos ven al secreto profesional desde un punto de vista general. Así, autores como Alberto Crespi, se basan en el artículo 622 del Código Penal italiano que señala:

"Quien teniendo noticia, por razones de su estado u oficio, o de la propia profesión o arte, de un secreto, lo revela, sin justa causa, o lo emplea en provecho propio o de otro ..."

No debe observarse al secreto profesional en sentido restrictivo, como dice Malagarriga, sino más generalmente, entendiéndolo como el secreto inherente al ejercicio profesional de determinada actividad, lo que facilita la utilización de ello en la actividad bancaria.

Entre los autores de estas latitudes que propugnan al secreto profesional como fundamento del secreto bancario destaca Carlos Gilberto Villegas, quien señala: "Esta teoría es la única que explica satisfactoriamente el alcance de esta obligación, que comprende los actos precontractuales, se extiende y continua aún cuando se han extinguido las relaciones banco-cliente".

Las críticas que recaen sobre esta teoría dicen relación con el hecho de solamente ser aplicable el secreto profesional a las personas naturales. Sin embargo, algunos autores defienden al secreto profesional señalando que "no existe ninguna razón para restringir el ámbito del secreto profesional a las personas físicas. El hecho que un código penal sólo sancione a personas físicas no altera la conclusión, pues ello deriva de la especial naturaleza criminal que ha de aplicarse a personas físicas, pero no supone que el interés protegido o el deber violado se circunscribe a intereses o deberes de personas físicas".

Incluso se ha llegado a sostener que el secreto bancario no es más que una subespecie del secreto profesional, "ello debido a que la existencia de normas que consagran el deber del secreto profesional es lo que ampara al deber de secreto bancario como subespecie del mismo".

Sin embargo, no es posible aceptar dicho argumento en atención a que frente a situaciones en que sea necesario exigir responsabilidades éstas no se puedan hacer efectivas ni abarcar a toda una institución bancaria. En materia penal es muy difícil individualizar a los responsables si se amplía el secreto profesional a



las personas jurídicas.

Por otra parte, si se da la máxima extensión a la voz secreto profesional, entonces, se estaría violando en materia penal el principio de legalidad con lo que se torcería la norma penal arrogándole un sentido que el legislador no quiso darle.

En nuestro ordenamiento jurídico el tema del secreto profesional y del secreto bancario está muy bien diferenciado y así lo ha confirmado un fallo de 1981 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en referencia al secreto profesional, cuando le tocó conocer de un recurso de protección interpuesto por el Banco de Santiago. Entre los argumentos que sustentaban el recurso se exponía que el Gerente General del Banco estaba obligado a guardar reserva, por el secreto profesional al que se encontraba sujeto. Pero la Corte resolvió en definitiva que:

"Este secreto debe aplicarse a un profesional que es el que ejerce una profesión, arte, deporte, etcétera, con ánimo de lucro".

"De acuerdo a este significado, se alude a una persona física y no puede comprender a una persona jurídica".

"En Chile queda comprobado en materia penal, en el artículo 231, caso específico para los abogados: "El abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos ..." o en el artículo 247 que sanciona que: "El empleado público que sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere con perjuicio de éste ...".

"También en el Código de Procedimiento Civil, artículos 349 y 360 N° 1, en que el primero reconoce el derecho de los profesionales a negarse a declarar o exhibir documentos comprendidos en la obligación de secreto que les corresponda en razón de su profesión".

"Por otra parte el artículo 360 N° 1 del Código de Procedimiento Civil dice que no están obligados los eclesiásticos y profesionales "sobre hechos que se les hayan comunicado confidencialmente con ocasión de su estado, profesión u oficio".

El estudio de estas normas llevó a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago a rechazar al secreto bancario como parte del secreto profesional, al concluir contundentemente que, sobre la base de la legislación vigente, no existe ninguna posibilidad de aplicar el secreto profesional a los banqueros.

Otro argumento que puede agregarse al ya enunciado, y que no fue expuesto en dicho fallo, es que las profesiones que se enumeran en las normas indicadas requieren en su generalidad de un título, que según Eduardo Novoa "es un título oficial o al menos reconocido por el Estado. Es necesario que se encuentre



sometido a cierta reglamentación y ésta no puede sino venir del Estado".

Garrigues expresa en su obra *Contratos Bancarios* lo siguiente: "... porque faltando en nuestro ordenamiento positivo normas que impongan el secreto profesional a los banqueros, esta teoría carece de apoyo legal...", lo que justamente concuerda con el sentir de nuestra Corte.

Además, previamente en nuestro país la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en Circular N° 1695 de 23 de julio de 1980, se pronunció al respecto de la siguiente manera:

"En opinión de esta Superintendencia no puede calificarse el secreto o reserva bancaria de secreto profesional, por cuanto este último es propio de las profesiones liberales, como la de médico, abogado, etcétera, que son ejercidas por personas naturales".

II. Segunda parte. Fundamento del secreto bancario en el derecho a la intimidad.

Iniciaremos este capítulo anunciando sin preámbulos que actualmente es éste el fundamento del secreto bancario en Chile.

El derecho a la intimidad es personalísimo. Lo íntimo de cada persona es todo aquello que los demás no pueden invadir siquiera con una toma de conocimiento. Es entonces posible afirmar con entera certeza desde el plano jurídico que "los demás no tienen derecho a conocer ni violar mi intimidad; y si alguna persona toma conocimiento de una intimidad, surge entonces para ella el deber de secreto, cual es protegido no sólo porque forma parte de la intimidad, sino porque ciertas revelaciones de lo íntimo resultan, en la vida en sociedad, absolutamente necesarias. Se ha llegado a considerar que, sin esa protección del secreto, las personas habrían de ser tan cautelosas, tan excesiva y rigurosamente celosas de su personalidad, que la vida social resultaría una exigencia insoportable.

Es este derecho subjetivo un verdadero atributo de la personalidad, llegando incluso a ser reconocido por diversos textos constitucionales, como en nuestro caso, e incluso en precedentes jurisprudenciales. Así, tenemos el caso de sentencias españolas, en que el Tribunal Constitucional español ha señalado que se reconoce ante todo que la investigación de las cuentas corrientes puede afectar el derecho a la intimidad de las personas, lo que relaciona a este último con el secreto bancario. Y agrega que "el secreto no puede tener otro fundamento que el derecho



a la intimidad del cliente, que es reconocida en el artículo 18 N° 1 de la Constitución española, pues no hay una consagración explícita y reformada de este tipo de secreto, como lo hay del secreto profesional.

Del análisis hecho a esta sentencia se concluye que el Tribunal Constitucional español tiene como doctrina ante el secreto bancario considerarlo como una exigencia del derecho a la intimidad, lo que supone la prohibición de intromisiones arbitrarias e ilimitadas en dicho ámbito protegido. No obstante, pueden producirse actuaciones abusivas en el desarrollo de investigaciones que generen una lesión al derecho a la intimidad, en consecuencia, inconstitucionales.

También en Estados Unidos de Norteamérica la Suprema Corte, en un fallo de 1974, ha dicho que la mantención obligatoria de archivos por parte de los bancos "no puede constituir una invasión del terreno legal ni una violación de la privacidad en la Constitución".

En Chile actualmente existe una consagración expresa del secreto bancario con rango legal, además del apoyo que nuestra Constitución brinda a este instituto dentro de las garantías y derechos tutelados por la misma, todo lo que se expondrá y desarrollará en detalle más adelante en este trabajo.

Por tanto, en lo referente al secreto bancario es la intimidad o privacidad del cliente lo que está en juego, aunque en un aspecto económico. Es él, en cuanto titular de este derecho, quien tiene el poder de pretender la máxima discreción en torno a los hechos que ha confiado a la banca.

1. Génesis.

Comenzando ahora una profundización mayor al concepto de secreto bancario se hace necesario desde ya explicar el por qué de este instituto, la idea que lo sustenta, para así dar un respaldo mayor a las distintas definiciones que hemos entregado anteriormente respecto de él, lo que permitirá al mismo lector obtener una mayor precisión e idea del bien protegido y las garantías que se vulneran cuando existe una infracción de este instituto en nuestro país.

Por tanto, en búsqueda de una respuesta satisfactoria, es imprescindible realizar un viaje a la historia pasada que nos conducirá a los orígenes del hoy ya consagrado secreto bancario, lo que a la vez nos mostrará que en cada período esta gran regla ha obedecido a diversos motivos fácticos, pero sin dejar de lado que su razón última descansa, y lo seguirá haciendo, en el deseo y libertad que mueve a



los hombres a guardar su intimidad para sí mismos, en todos los aspectos, y particularmente en lo que se refiere a su patrimonio, sus posesiones, como elemento de su personalidad.

En vista de lo expuesto nos debemos remontar a los precedentes más antiguos que conozca el hombre sobre esta famosa y practicada regla, los que podremos encontrar en la otrora Roma, con los *argentarii*, reales precursores de los bancos contemporáneos, quienes daban y tomaban dinero a préstamo abriendo a los particulares una especie de cuenta corriente en libros que se denominaban *kalendarium*; su principal obligación era llevar contabilidad, cuyo examen general estaba prohibido. Esta prohibición, desde luego, debe considerarse como un antecedente histórico-jurídico del secreto bancario.

Posteriormente, ya en la edad media, se desarrolla remarcablemente la actividad cambiaria con los *campsores*, quienes también se dedicaron a los depósitos y préstamos.

Los primeros bancos, como actualmente se los concibe, se establecieron en el Norte de Italia, por ejemplo en Venecia en el año 1156, actividad que se fue extendiendo luego a otros lugares.

En dicha época también se efectuaban depósitos en templos de ciertas órdenes religiosas y de caballería, especialmente en la orden de los Templarios, que realizaban alguna actividad relacionada con la banca.

Pasada ya la Edad Media, que no fue un período especialmente fructífero en lo que a negocios se refiere, nos encontraremos con una Europa emergente. Es así como en Francia se dispone por vía administrativa, con fecha 2 de Abril de 1639, que los asuntos de la Bolsa de Comercio de París no serían conocidos más que por aquellos que negociaran en la misma. Hecho que obviamente fortalece el desarrollo de la actividad comercial y que también constituye un antecedente histórico-jurídico del secreto bancario, como parte del secreto comercial.

A su vez, la Gran Ordenanza de Comercio de Colbert establece el secreto de los libros de los comerciantes en general y un Reglamento de Octubre de 1706 contenía el secreto para los negocios de la banca, cambio, comercio y finanzas. También existen disposiciones del Consejo de Estado francés del 30 de Agosto de 1720 y de 1824 que hacen referencia al secreto bancario.

Pero el gran avance de la banca misma no sucedió sino hasta después de la Revolución Francesa, teniendo lugar una evolución de la que formaría parte el secreto bancario, hecho que a modo ejemplar se explicará a través del desarrollo



que ha tenido este instituto en la nación que ha sido su mejor exponente, paralelamente al que ha tenido en nuestra patria.

2. En Suiza y Chile.

Especial importancia merece el dedicar un gran espacio a describir la trayectoria seguida por el secreto bancario en Suiza, nación que ha desarrollado a este instituto en tal forma que ha llegado a convertirlo en un producto reconocido a nivel mundial, cual es codiciado por todos aquellos que buscan la excelencia en lo referido a la protección de su intimidad financiera. Esto ha sido posible, y digno de imitar en nuestro país, gracias a la conciencia del pueblo suizo que siente un gran respeto por la intimidad de las personas y ve en el secreto bancario un aspecto importante de ésta.

El secreto bancario existe en variadas formas en la mayoría de los países del mundo, pero su fuerza ha sido limitada considerablemente a través de la introducción de disposiciones que otorgan a un gran número de personas y autoridades el derecho a acceder a la información bancaria de sus ciudadanos. Tal como ocurre en Chile, lo que obviamente no puede ser bueno si se quiere mantener lo secreto en forma confidencial. La historia del secreto bancario suizo, mucho más antigua que la nuestra por supuesto, demuestra que la intensificación y invasión de éste ha sido instruida mediante la ley, y que en el caso de la invasión al mismo ésta ha sido tratada de obtener durante períodos en el que muchos estados exhibieron tendencias totalitarias que culminaron en la preferencia de los intereses estatales por sobre los de los ciudadanos. Pero aquí es donde la concepción liberal debe predominar, por lo tanto se debe considerar como inaceptable a un Estado con un gran ojo inquisitivo en las vidas de sus ciudadanos, vulnerando su privacidad con argumentos insostenibles e insuficientes.

Actualmente existen otros motivos que llevan a los Estados a atentar contra la integridad del secreto bancario, pero ellos serán tratados más adelante.

2. 1. Origen y fuentes legales del secreto bancario suizo y chileno.

En este sentido conviene partir refiriéndonos en primer término a los



orígenes del secreto bancario suizo. Éste ha protegido a los fondos depositados en los bancos de Suiza por más de trescientos años. Los banqueros de la ciudad de Ginebra fueron los de los reyes de Francia. Es cierto, los primeros grandes clientes de los bancos suizos fueron los reyes de Francia, quienes apreciaban grandiosamente la discreción de sus prestamistas de dinero.

Cabe hacer presente que los banqueros genibreses eran protestantes, a menudo de origen francés y a quienes, por sus creencias religiosas, se les perseguía como consecuencia de lo prescrito por la revocación del Edicto de Nantes decretada por el monarca francés Luis XIV el 22 de Octubre del año 1685, edicto que había sido promulgado en el año 1598 por el rey francés Enrique IV para garantizar la libertad religiosa y la totalidad de los derechos civiles a los hugonotes protestantes.

A pesar de lo anterior, como buenos comerciantes, estos banqueros no abandonaron a sus clientes, dejando de lado la persecución a la que se les había sometido para así continuar financiando a los reyes de Francia, pero ahora desde Ginebra, Suiza.

No está de más mencionar que en aquella época no se podría haber encontrado a un mejor prestatario que un rey francés, que por una parte tenía la capacidad de pagar sus préstamos a tiempo y a la vez insaciables necesidades financieras.

La discreción era de la más altísima importancia, atendido a que no podía ser un hecho conocido que el monarca galo recibía crédito de protestantes herejes.

Volviendo ahora al ámbito de lo jurídico, es destacable que una de las primeras piezas legislativas en regular el secreto bancario, propiamente tal, date de este período. En 1713, el Gran Concilio de Ginebra (concilio cantonal, o de distrito) adoptó regulaciones bancarias que establecían la obligación de los banqueros de "mantener un registro de su clientela y sus transacciones. Los banqueros, sin embargo, tienen prohibido divulgar esta información a cualquier otro que no fuera el respectivo cliente, salvo cuando hubiere acuerdo expreso del Concilio Cantonal".

Fue gracias a este tipo de normas que Suiza llegó a convertirse en un asilo político y financiero para aquellos que huyeran del solevamiento político que dividiría al antiguo continente europeo a partir de 1789, luego de la Revolución Francesa. Esta nación proveyó un seguro y lucrativo edén a los fondos de los nobles que escapaban de la revolución en curso, así como también a varios de los de gobiernos que continuarían durante el siglo diecinueve. El mismo Napoleón



Bonaparte fue uno de los clientes regulares de los bancos suizos.

Siguiendo el iter del secreto bancario en Suiza ahora daremos un gran brinco hacia los inicios del siglo XX. En esta centuria el año clave para este instituto fue 1934, hecho que se explicará más adelante. Hasta el año 1934 el secreto bancario solamente era regulado por la ley civil. En aquel entonces un cliente podía colocar una queja por daños contra cualquier banco que no cumpliera su deber de confidencialidad. Los derechos civiles cantonales, o de distrito, fundidos en 1907 en el Código Civil de Suiza, y también el Código del Trabajo en 1911, otorgaron garantías suficientes para que los clientes de bancos que fueran agraviados fortalecieran sus derechos. Pero por otro lado, en aquel período no existía aún alguna disposición penal al respecto. Es decir, no había siquiera amenaza de privación de libertad para el banquero responsable de infringir el secreto bancario.

En otro ámbito, la jurisprudencia suiza de comienzos de 1900 confirmaría este ya mencionado deber de confidencialidad en reiteradas ocasiones. En 1930, la Corte Federal, que es la Corte Suprema de Suiza, en uno de sus fallos recalcó que “la confidencialidad de los banqueros constituye un deber implícito en el contrato”. Esta afirmación fue posteriormente desarrollada en 1932 en el caso de Charpiot versus the Caisse d'épargne de Bassecourt (Banco de Ahorro de Bassecourt): “El secreto bancario no es otra cosa que el derecho de cada cliente de un banco a demandar la más estricta confidencialidad del banco en los asuntos de negocios que se le han confiado; es igualmente, y a la inversa, el deber del banco de mantener completamente en silencio estos asuntos. Para el banquero en particular, este deber es independiente de la relación legal entre él y su cliente. Si existe contrato escrito o no, la violación del secreto bancario constituye una acción ilegal de acuerdo a los artículos 41 y siguientes del Código del Trabajo” .

La jurisprudencia y varias disposiciones del Código Civil y del Código del Trabajo suizos proveyeron una consistente estructura legal en que se apoyó el secreto bancario en aquel entonces. Pero aún así, sólo una ley explícitamente formulada podría dar a este sistema la fuerza requerida para sobrevivir a las calamidades porvenir del siglo XX. La caída de la Bolsa de Nueva York y el derrumbe de Wall Street en 1929, y la depresión económica que esto infligió sobre Europa al inicio de los años treinta provocó que las relaciones internacionales se tensaran en demasía.

Ante el hecho del aumento del fascismo y los frentes populares, un reconocimiento legal del secreto bancario era la única manera en que el gobierno



suizo abiertamente declarara sus creencias liberales y rehusara intervenir en los asuntos privados de sus ciudadanos. Esto se logró finalmente por medio de la Banking Act de 1934, a la que nos referiremos más adelante.

Habiendo dicho lo anterior, cabe hacer un giro hacia nuestro país, en atención al período que estamos pasando a esta altura de nuestro trabajo, es decir, las primeras décadas de 1900. Y esto se hace necesario debido a que entonces que se hizo referencia al instituto en estudio en forma directa, pese a que su existencia estuvo ligada al inicio mismo de los bancos en nuestra patria. Bueno, es conocido por todos que la legislación sobre esto en Chile no era muy abundante, por decir lo menos, pero el secreto bancario siempre constituyó una práctica bien asentada en las instituciones financieras en lo que se refiere a las operaciones bancarias y antecedentes de sus clientes. Las primeras manifestaciones al respecto están constituidas por las disposiciones estatutarias de los bancos, como también por las condiciones generales de contratación impuesta a los empleados en los respectivos contratos bancarios.

2. 1. 1. Constitución Política de la República de Chile de 1925.

Las garantías constitucionales relativas a la libertad privada, principalmente como un germen del derecho a la intimidad de las personas, ya se encontraban plasmadas en la predecesora de la actual Constitución, la de 1925, en el capítulo tercero, artículo 10 N° 13, que prescribía:

“La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

N° 13. La inviolabilidad de la correspondencia epistolar y telegráfica. No podrán abrirse ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos públicos, sino en los casos expresamente señalados por la ley”.

Debido a la amplitud del término “papeles” autores como Enrique Munita Becerra permitían aplicar este artículo constitucional al secreto bancario. Según la opinión de este catedrático, que estimaba dentro de la inviolabilidad constitucional al registro de papeles, señalado con anterioridad, al secreto bancario. Se encontraba amparado entonces este instituto mediante la cabal y correcta interpretación del texto constitucional de la época. Así se evitaba buscar apoyo en principios generales como en el derecho de propiedad o la costumbre mercantil.

2. 1. 2. Circular Número 93 de fecha 10 de Abril de 1929 dictada



por la Superintendencia de Bancos de Chile.

La Superintendencia de Bancos fue tal vez uno de los primeros órganos del Estado en referirse en términos concretos al secreto bancario, y esto lo hizo mediante la Circular Número 93 de fecha 10 de Abril de 1929 en que señaló:

“... que es un principio general, universalmente respetado, que los bancos deben guardar la más absoluta reserva acerca de los negocios de sus clientes, y que no les es permitido dar conocimiento a terceras personas de las operaciones que celebren con ellos”.

Así también, la Superintendencia reconoce que el secreto bancario no está consagrado en disposición alguna de manera expresa en nuestra legislación, “pero se deriva de todo el sistema y es una de las consecuencias del derecho de propiedad”.

Además de reconocer la existencia del secreto bancario, la circular se refiere a qué operaciones se debe resguardar, indicando lo siguiente: “Este derecho no reconoce más limitaciones que las que establece nuestra Constitución y las Leyes, y se extiende tanto a las cosas y bienes materiales e inmateriales, como a todos los derechos y acciones que puedan formar parte del patrimonio de una persona ...”

Por otro lado, se nota que la Superintendencia percibe al secreto bancario como una manifestación o prolongación del secreto de la contabilidad mercantil contenida en los Artículos 42 y siguientes del Código de Comercio de Chile. Esta visión doctrinaria se puede explicar en los siguientes términos, atendiendo primeramente al hecho de estar prescrito en el cuerpo legal mencionado previamente, en su artículo 3º, lo siguiente:

“Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos:

Nº 11. Las operaciones de banco, las de cambio y corretaje.”

Ahora, expuesto lo anterior cabe relacionarlo con los artículos 41, 42 y 43 del mismo Código. El artículo 41 ordena:

“Se prohíbe hacer pesquisas de oficio para inquirir si los comerciantes tienen o no libros, o si están o no arreglados a las prescripciones de este Código”.

A su vez el artículo 42 dispone que:

“Los tribunales no pueden ordenar de oficio, ni a instancia de parte, la manifestación y reconocimiento general de los libros, salvo en los casos de sucesión universal, comunidad de bienes, liquidación de las sociedades legales o



convencionales y quiebras”.

Por último el artículo 43 establece lo siguiente:

“La exhibición parcial de los libros de alguno de los litigantes podrá ser ordenada a solicitud de parte o de oficio.

Verificada la exhibición, el reconocimiento y compulsas serán ejecutados en el lugar donde los libros se llevan y a presencia del dueño o de la persona que él comisione, y se limitarán a los asientos que tengan una relación necesaria con la cuestión que agitare, y a la inspección precisa para establecer que los libros han sido llevados con la regularidad requerida.

Sólo los jueces de comercio son competentes para verificar el reconocimiento de los libros”.

Estos artículos regulan los casos en que procede la exhibición y registro de los libros de los comerciantes. Dichos reconocimientos son excepcionales, pues la regla general es la reserva de la información contenida en los libros mercantiles. Éstos sólo pueden ser divulgados por una orden de los tribunales de justicia en casos determinados y limitada a los asientos de los libros que tengan relación necesaria con el asunto que dio motivo al requerimiento judicial.

Estas normas recogen la misma idea de secreto de las informaciones que impera en el secreto bancario.

Cabe destacar a manera de apreciación, primero, que la Superintendencia reconoce un doble objetivo al secreto bancario; uno es el resguardo que el secreto ofrece al cliente de un banco determinado frente a la autoridad, llámese ésta Servicio de Impuestos Internos, Superintendencia de Bancos o Tribunales de Justicia, y segundo, no por eso menos importante, que el secreto bancario constituye una herramienta útil para resguardar la libre competencia entre los comerciantes. Entonces hay un doble enfoque, uno que nos permite vislumbrar la efectividad de la protección del secreto bancario entre particulares y el otro que muestra similar situación del particular frente a la autoridad.

Finalmente, de la Circular en comento se desprende un hecho objetivo, cual es la certeza que tiene el público a partir de ese momento de la existencia de un criterio claro para la autoridad respecto del secreto bancario. Consecuencia de lo anterior es la generación de una gran confianza en las instituciones bancarias por parte de los inversionistas y público en general.

Siempre tratando de seguir en lo posible un orden cronológico volvemos ya con la evolución del secreto bancario suizo, con la Banking Act de 1934 en



particular, atendiendo al hecho de no haber ocurrido sucesos de mayor relevancia en lo relativo al secreto bancario en nuestro país hasta inicios de los años 40.

2. 1. 3. Federal Banking Act de 8 de noviembre de 1934 de Suiza.

a. Origen.

Las dos causas que explican la intensificación del secreto bancario en Suiza no son mutuamente excluyentes. Ambas aclaran como el secreto bancario fue observado durante el imperio de la ley federal promulgada en 1934. Por una parte, la noción fue claramente formulada en un artículo dedicado solamente al secreto bancario, en respuesta a los ataques de los socialistas de Francia que querían acceso total a toda información financiera que tuvieran bancos suizos sobre ciudadanos franceses, y por la otra, se incluyó una sanción penal debido a que el espionaje alemán, que perseguía lo mismo, era ya insoportable.

La comisión de expertos que trabajó en esto, que fue organizada además con la participación de representantes socialistas y comunidades rurales, estudió los varios artículos del proyecto de ley. Los representantes del sector bancario no objetaron la formalización del secreto bancario. El Banco Nacional estaba a favor de una disposición que ayudara a luchar contra el espionaje bancario. Los archivos de los debates, tanto de las comisiones como del parlamento, revelaron que el conservamiento (ahora formalizado) del secreto bancario no causó ni la más ligera controversia.

Los socialistas no objetaron el reconocimiento del secreto bancario por ley, un silencio que contrastaba marcadamente con sus acciones de los pasados veinte años. Por fin entendieron que esta ley no sólo permitiría a los capitalistas extranjeros mantener silencio sobre sus depósitos, sino que también ayudaría a los refugiados políticos o a las víctimas de persecución política o racial a proteger su propiedad. En cualquier caso, aún cuando los votos del ala izquierda fueron bienvenidos al debate, de acuerdo a la tradición de consenso suiza, ellos no eran indispensables en orden a aprobar la ley por la mayoría en las dos cámaras del parlamento.



Fuera de lo anterior, cabe destacar que aunque no hubo relación de causa y efecto entre la persecución de los judíos germanos y el secreto bancario suizo, ellos fueron los primeros en beneficiarse con esta ley de intenciones generales de largo alcance.

A continuación se expondrán detalladamente las causas que llevaron a la intensificación del secreto bancario en Suiza.

b. Intensificación del secreto bancario suizo.

Como ya fue mencionado, el parlamento federal suizo explícitamente introdujo la noción de secreto bancario por primera vez en un cuerpo legal y dispuso sanciones penales a su infracción. Pero no se aclaró por qué fue creada esta ley.

b. 1. Espionaje Nazi.

La primera y más común explicación es la dada por la Asociación de Banqueros Suizos que consideró el evento como un acto político del Parlamento Federal para demostrar su independencia y neutralidad ante la amenazante y poderosa Alemania Nazi.

Al inicio de la crisis financiera de 1931, el Estado alemán introdujo estrictos controles de cambio de divisas. Muchos casos de espionaje económico dirigido por las autoridades alemanas de los servicios de impuestos y aduana fueron expuestos en Suiza, cuando las leyes suizas no eran suficientes para detener efectivamente dichas prácticas. Para ser francos, mientras los agentes germanos se arriesgaban cuando mucho a ser deportados, los clientes germanos que eran víctimas de violación de secreto bancario en Suiza eran arrasados por el gobierno nazi y forzados a vaciar sus cuentas suizas para el beneficio del Tercer Reich.

Por esta razón, el gobierno suizo sintió la profunda necesidad de incorporar disposiciones penales en el proyecto legal que se inició para combatir tales prácticas. De esa forma el sistema de justicia tendría armas más disuasivas para resguardarse contra la infiltración extranjera. Y la voluntad de llevar a cabo esto se incrementó cuando Hitler llegó al poder en 1933, en atención a su actitud prepotente hacia sus oponentes políticos y la población judía. En Junio de 1933, el gobierno nazi alemán creó una serie de leyes que obligaban a los ciudadanos



alemanes a declarar todas sus pertenencias en el extranjero. La penalidad prescrita a quienes no cumplieran fue la muerte. El texto de una de estas leyes fue el siguiente: "cualquier nacionalizado alemán que, intencionalmente o no, guiado por bajo egoísmo o algún otro tipo de sentimiento vil, haya acumulado riquezas o mantenido fondos fuera del país será sancionado con la muerte". En Julio de 1933 se aprobó una ley que permitió la confiscación de los bienes pertenecientes a enemigos públicos o estatales, para así dejar el paso libre a los nazis en la incautación de todos los bienes de los judíos germanos.

La Gestapo estaba a cargo del pillaje de las operaciones bancarias en el extranjero en que participaran alemanes. Uno de los procedimientos que usaron para determinar si un alemán tenía una cuenta en un banco suizo fue el siguiente: Un agente de la SS vestido de civil ingresa a un banco suizo y da a un cajero una suma de dinero para ser depositada en la cuenta del señor X (de quien la Gestapo pensaba tenía una cuenta en Suiza). Si el cajero realizaba el depósito se probaba que la cuenta existía. En algunos casos la mera mirada de incomodidad del cajero eran suficientes para los agentes encubiertos. Probada la existencia, la Gestapo en Alemania tenía que hacer lo que ejerciera más presión en el presunto cliente del banco suizo para que éste diera instrucciones al banco en orden a repatriar los fondos.

Cuando tres alemanes fueron condenados a muerte en 1934 por tener cuentas bancarias en Suiza, las autoridades suizas se convencieron de la necesidad de una ley estrictísima que protegiera el secreto bancario de los clientes con sanciones penales a su infracción. Con la amenaza de prisión para cualquier banquero que violara el secreto bancario, el gobierno suizo impuso un mecanismo de bloqueo a las leyes con pretensiones extraterritoriales de sus vecinos fascistas. Esto protegió a los clientes y a los banqueros suizos ya que ninguna autoridad podía, de aquí en adelante, constreñirlos por ley a cometer un crimen.

Pero los tenaces nazis de todas formas continuaron conduciendo espionaje bancario en Suiza. El caso más sonado ocurrió en Marzo de 1935, con el secuestro de Berthold Jacob, un refugiado judío alemán. El señor Jacob fue secuestrado en Basilea por un agente alemán y llevado a Alemania. La opinión pública suiza estaba enfurecida por tal violación de la soberanía suiza. El gobierno suizo finalmente arregló que Berthold Jacob fuera liberado, pero este evento hizo que el pueblo suizo y las autoridades se percataran de la necesidad de una ley contra el espionaje.



Entonces, se agregó una sección al Código Penal Suizo en 1937 y esto sirvió como un complemento eficaz a las disposiciones sobre secreto bancario.

b. 2. Presión de la izquierda francesa.

El historiador Peter Hug sostiene que el origen del secreto bancario suizo se encuentra en Francia. En 1932, el gobierno radical francés de Herriot, premier, era apoyado por el partido socialista. La crisis financiera internacional convirtió la preparación del presupuesto nacional en un ejercicio peligroso. Herriot había planeado un austero programa que era difícil de defender ante un parlamento del ala izquierda. Todo esto sucedía cuando el Basler HandelBank quebró fraudulentamente.

El presidente y el vicepresidente de este banco comercial, cuya matriz se encontraba en Basilea, fueron arrestados por la policía francesa. En sus valijas los investigadores parisinos encontraron la lista de 2.000 clientes franceses quienes confidencialmente habían depositados sus fondos en Suiza. Entre ellos se encontraba representada gran parte de la alta sociedad francesa: Unos pocos senadores, un ex ministro de Estado, obispos, generales y empresarios.

La Cámara de Diputados se convirtió entonces en el escenario para un debate de gran intensidad. El diputado socialista Fabien Albertin denunció entonces una confabulación capitalista para evadir impuestos. Como él tenía nexos con la Oficina Central de Aduanas fue capaz de obtener una copia de la lista de los acusados y procedió a revelar su contenido en abierto desafío al secreto de Estado. Además, calculó el monto de la pérdida por la evasión de impuestos franceses en un total de 9 millones de francos, haciendo también un llamado al gobierno a organizar una genuina extradición de impuestos mediante convenios con otros países. El Ministro de Finanzas aprovechó la oportunidad y anunció que él negociaría con el gobierno suizo para obtener autoridad legal sobre las cuentas bancarias de ciudadanos franceses. La Izquierda apoyó la iniciativa y solicitó la confección de un inventario de bienes de los contribuyentes franceses para así evitar la deserción en el pago de impuestos en forma enfática. Aprovechando la ocasión, la Derecha denunció una maniobra dirigida al solo propósito de justificar el paso a un presupuesto más apretado.

El debate entonces se mudó a la prensa francesa. Le Figaro, representando los intereses de la Derecha, rabiaba indignadamente sobre el debate



inconstitucional en que la separación de poderes y secreto de Estado habían sido despreciados. Lo que es más, este periódico recalcó que los diputados pagaban impuestos solamente sobre la mitad de sus gratificaciones, mientras un pequeño grupo de 8.600 contribuyentes -claramente "tontos"- pagaba la mitad del impuesto global.

Desde el ángulo contrario, el diario comunista L' Humanité denunciaba a los "2.000 burgueses comprometidos en el escándalo de un fraude tributario masivo". Una lista de 150 nombres fue publicada, mientras el periódico Le Temps daba rienda suelta a su humor negro escribiendo: "El contrabando no es algo que deba ser reprimido. El gobierno estaba equivocado y quienquiera que se conduzca a lo incorrecto debe ser aclamado por todos".

Los banqueros del Handelsbank fueron cuestionados y, por tanto, se les emplazó a abrir sus registros. Pero ellos buscaron refugio tras la jurisprudencia de la Corte Federal de Suiza que obligaba a los banqueros a guardar absoluta confidencialidad acerca de los archivos de sus clientes. Hubo entonces fuertes amenazas. El gobierno de Herriot presentó su presupuesto que proyectaba colocar a las operaciones bancarias bajo vigilancia de la autoridad tributaria: Apertura de cuentas, rentas fijas, todo debía ser declarado por los bancos a la administración tributaria. Pero el 18 de Diciembre de 1932 el gobierno de Herriot cayó, y todo el asunto perdió importancia política y se convirtió en algo pasado. Todos los acusados se beneficiaron al pasar a ser el caso inadmisibles por razones de falla procedimental.

Pese a todo, el debate tuvo un fuerte impacto en la conciencia suiza. La crecientemente flagrante interferencia estatal en la esfera privada, tanto en Francia como en Alemania, puso a los escritores editoriales del país a revolotear. Se fue formando de esta forma una creciente brecha entre este desarrollo y las creencias liberales de Suiza. Rehusándose a seguir por ese mismo camino cuesta abajo, se llegó a consenso sobre la necesidad de defender el secreto bancario y los intereses económicos del país como un todo. Sin una fuerza convincente para hacer frente a sus poderosos vecinos, el gobierno suizo tuvo que arreglárselas para contar con una clara e indisputable ley que prohibiera la violación del secreto bancario, incluso bajo la influencia de presiones.

Bueno, las causas detalladas anteriormente explican bastante acertadamente las situaciones a las que se vio sometida la banca suiza, lo que terminó afectando a toda la nación en consecuencia. El pueblo suizo se armó con su



más grande producción, una ley que sancionaba una tradición de siglos en aquella nación, algo digno de imitar por otros países.

Cabe señalar que este texto legal, la Federal Banking Act de 1934, constituye lo medular en lo referente a la estructura legal que regula al secreto bancario en Suiza. Se harán referencias y explicaciones de su contenido, así como el de otras normas que protegen a la institución en análisis, pero más adelante.

Ahora corresponde volver a nuestras latitudes para tomar el paso una vez más a la evolución del secreto bancario en nuestro país, ya que nos hemos acercado a la década del 40, época de avances legales en nuestra nación en lo que al instituto en comento se refiere.

2. 1. 4. Ley sobre cuentas corrientes y cheques de 1943 de Chile.

Esta fue una de las primeras leyes que vino a consagrar el secreto bancario en nuestra nación. También conocida como la ley N° 7.498 de 17 de agosto de 1943. En su artículo 1º, inciso 2º, señalaba que:

"El banco deberá mantener en estricta reserva, respecto de terceros, el movimiento de la cuenta corriente y sus saldos..."

Dicha obligación establecida en favor del cliente sólo puede ser dejada sin efecto por él mismo, que permitía con su autorización requerir por terceros la información al banco.

Sin embargo esta norma desde sus inicios causó controversias en cuanto a su interpretación. "La existencia de esta disposición permitía sostener que el resto de las operaciones de los bancos eran absolutamente secretas y para otros que ninguna lo era".

Por su parte el informe de la comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados señaló sobre la regulación que la ley diera al secreto de las cuentas corrientes que "con ello se disipaba el temor que algunos podrían abrigar en el sentido de experimentar molestias debido a la inspección que de sus cuentas corrientes bancarias pudiera hacer la Dirección de Impuestos Internos, y como consecuencia de esta confianza se esperaba un incremento de los depósitos y un mayor uso del cheque". El informe habla por sí solo y muestra los objetivos que tuvo el legislador al introducir esta norma sobre cuentas corrientes bancarias.

Llama la atención el hecho que el legislador insista en el resguardo que



ofrece a la cuenta corriente frente al Servicio de Impuestos Internos. Aquí conviene detenerse un momento, porque ya comienza a decantarse la problemática que se ha generado en torno al secreto bancario en el transcurso del tiempo. Por un lado, el legislador claramente prefiere resguardar el derecho a la privacidad de los particulares frente a la curiosidad de la autoridad impositiva que debe cumplir un fin específico. Por el otro, es fácil observar que es esta autoridad la primera perjudicada con este resguardo, por cuanto para cumplir su finalidad encomendada por ley muchas veces es necesario tomar conocimiento de las actuaciones personales de las personas naturales y jurídicas. Por tanto, se enfrentan dos intereses muy legítimos. El de los particulares, quienes ejerciendo un derecho a la intimidad pretenden mantener fuera del conocimiento de terceros (ya sean otros sujetos individuales o la misma autoridad) las operaciones que privadamente realicen con una entidad financiera. No obstante, el adecuado cumplimiento del fin impuesto por la ley exige a la autoridad el tener conocimiento de aquellas "operaciones privadas" ejecutadas por los particulares.

En suma, se confronta el derecho a la intimidad de los particulares frente a la propia subsistencia del Estado que se ve comprometida en la recaudación de los tributos.

En vista de la posibilidad, y ocurrencia, del constante conflicto de intereses que se suscitaba cada vez que se pretendía invadir al secreto bancario, algunos juristas y la jurisprudencia, ya en la década de los 70, buscaron la forma de resguardar la intimidad protegida por este instituto, resultando un arma sumamente útil en este rescate un nuevo cuerpo normativo de derecho público, que posteriormente se constituyó en el precedente más importante de las garantías constitucionales resguardadas por nuestra actual Carta Política de la República.

2. 1. 5. Acta Constitucional N° 3 de 13 de septiembre de 1976 de Chile.

Fue esta acta uno de los precedentes fundamentales de nuestra actual Constitución, y asimismo resguardaba el derecho a la intimidad de las personas, dentro del que cabe mencionar al secreto bancario. Ella aseguraba en su artículo 1º, N° 10, lo siguiente:

"El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.



El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley".

En lo relativo al secreto bancario lo de mayor relevancia en este artículo es el término "documentos". Así, los instrumentos en que consta la existencia del contrato de cuenta corriente, depósito, giros y demás operaciones propias de los bancos deben asimilarse a los documentos comprendidos en el artículo y número previamente indicados en el Acta Constitucional N° 3. Todo esto como resultado de una interpretación que apoya al secreto bancario como una manifestación del derecho a la intimidad de las personas, a nuestro juicio.

Aún con estos antecedentes, el Servicio de Impuestos Internos prefiriendo velar por la adecuada recaudación tributaria reacciona al ver afectados sus intereses, mediante la circular que a continuación se expone:

a. Circular N° 84 de 22 de junio de 1977 del Servicio de Impuestos Internos de Chile.

Es en esta reglamentación donde el Servicio de Impuestos Internos sostuvo que la reserva de la cuenta corriente bancaria constituía una excepción que, como norma especial, sólo tiene aplicación restrictiva al caso específico en que se pretenda exigir al banco la exhibición de lo relacionado con dicha cuenta y, por ende, las facultades que tiene en el ejercicio de sus funciones de aplicación y fiscalización de la ley tributaria son amplísimas.

Dentro de esa interpretación, por parte del Servicio, es que éste requirió del Banco del Estado de Chile, en julio de 1977, una nómina de los depósitos a plazo o instrumentos financieros recibidos desde 1975 hasta el primer semestre de 1977, con todos los clientes que hubieran efectuado depósitos o inversiones rentísticas superiores a cincuenta mil pesos chilenos, o que hubieran percibido intereses superiores a veinte mil pesos chilenos, además de cualquier antecedente relacionado con cuotas de monedas extranjeras para viajes. Como es lógico el Banco del Estado se negó a proporcionar tal información señalando, en síntesis, que el Servicio de Impuestos Internos hacía una interpretación demasiado amplia de sus normas de fiscalización, lo que conducía al quebrantamiento de la obligación de secreto bancario. La controversia fue superada por la intervención del Ministerio de Hacienda, en los siguientes términos;



b. Oficio ordinario N° 1.122 de fecha 26 de junio de 1978 del Ministerio de Hacienda de Chile.

Este fue dirigido al presidente del Banco del Estado de Chile y señalaba:

"... que el Servicio de Impuestos Internos ha dejado establecido que en ningún caso requerirá una información masiva o generalizada y ni siquiera selectiva de las informaciones efectuadas por particulares a las empresas bancarias, sino que la información de esa naturaleza que pudiere solicitar en lo sucesivo se referirá específicamente al caso del contribuyente que se hallare sometido a una fiscalización tributaria o respecto de quien se haga necesario reunir antecedentes de esta índole en cumplimiento de la función contralora que a ese servicio le compete".

En vista de los problemas de coordinación en lo referente a la interpretación de la Ley 7.498, sobre cheques y cuentas corrientes, la intervención de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras era necesaria para zanjar el asunto, evitándose conflictos futuros. Esta no tardó en llegar;

c. Circular N° 1.695 de 23 de julio de 1980 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile.

Este organismo se pronuncia en la circular ya individualizada de la siguiente forma:

"... es un hecho que el principio de reserva de las operaciones bancarias existe en nuestro país coetáneamente con la dictación de las leyes bancarias y que el reconocimiento expreso que la ley hizo de aquel se refiere a las cuentas corrientes y sus saldos es la aplicación particular de un principio más general".

Esta vez la Superintendencia distingue entre un secreto bancario "absoluto" y lo refiere a "todas las sumas que a cualquier título pueda entregar el público, como depósito o captación, a una institución financiera autorizada para ello". Ahora, este tipo de secreto "sólo se levanta cuando una disposición legal expresa permite en determinadas circunstancias y a ciertas autoridades pedir información sobre la materia". Por otra parte, la circular señala "las demás operaciones de los bancos, incluyendo en ellas naturalmente los préstamos y colocaciones en general, no están sujetas a un secreto o reserva tan absoluta".

Para completar esta visión sinóptica de la evolución del secreto bancario,



nos referiremos brevemente a lo señalado por nuestros Tribunales en un caso relevante.

d. Caso Banco O'Higgins en Chile (Corte Suprema, 2 de abril de 1981).

La descripción de los hechos y la resolución de la Corte de Apelaciones y luego la de la Corte Suprema es como sigue:

"Con motivo de encontrarse el Servicio de Impuestos Internos investigando las actuaciones de diversas personas relacionadas con una empresa llamada Union Trading Ltda. o Romero y Cía. Ltda., querellada por delitos tributarios, se detectó que grandes sumas de dinero habrían sido entregadas a dichas personas (sumas provenientes de devoluciones de Impuesto al Valor Agregado).

De este modo, el Servicio de Impuestos Internos, con fecha 6 de noviembre de 1980, cursó al Gerente General del Banco O'Higgins, don Luis Marchant Subercaseaux, una citación para que concurriera personalmente al Departamento de Investigación de Delitos Tributarios el día 11 de noviembre de 1980, a las 9:30 horas, con los siguientes antecedentes que mencionaba: "Vale vista, órdenes de pago o cualquier otra forma de remesa por el señor Juan Rubén Grubsic Ramos y otros, a las personas que se indican: a) Raquel Koren Valdés, oficina Punta Arenas; b) Francisco Uribe Oyarzún, oficina Puerto Natales; c) otras personas que figuren recibiendo remesas en cualquiera de sus oficinas de parte del señor Juan Rubén Grubsic Ramos".

El Gerente del Banco O'Higgins no concurrió a dicha citación.

Con fecha 12 de noviembre se citó por segunda vez a dicho gerente, no concurriendo tampoco éste, pero enviando algunas fotocopias de remesas, excusándose de enviar otros antecedentes. Con esa misma fecha, esto es, el 12 de noviembre de 1980, se notificó al Banco O'Higgins denuncia de haber incurrido, según el Servicio de Impuestos Internos, en la infracción prevista y sancionada en el artículo 97, N° 15, del Código Tributario, consistente en no dar cumplimiento a cualquiera de las obligaciones establecidas en los artículos 34 y 60, inciso penúltimo del referido código.

i. Recurso de protección.



Ante esto, el Gerente General del Banco referido dedujo recurso de protección en contra de don Felipe Lamarca Claro, en su calidad de Director General del Servicio de Impuestos Internos, de don Iván Moya Santos, y de don Manuel Bustos Rojas, inspectores interinos de dicho Servicio en el Departamento de Investigación de Delitos Tributarios, ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

El recurrente invoca como fundamento el haberse violado la garantía constitucional establecida en el N° 10 del artículo 1° del Acta Constitucional N° 3 (hoy artículo 19 N° 4 y 5 de la Constitución). De este modo, según el banco, vulneraría el secreto bancario en caso de cumplirse por él las exigencias del Servicio de Impuestos Internos. Señala, además, que el secreto bancario sería una forma de secreto profesional, reserva que obliga a los bancos tratándose de las cuentas corrientes y de todo otro documento o antecedente que obra en su poder y referidos a terceros.

ii. El fallo de la Corte de Apelaciones (29 de diciembre de 1980).

Según la Corte todas las legislaciones señalan como potestad del Estado la de fijar impuestos y velar por su recaudación, configurándose una función pública específica, que representa el interés de la nación toda. Agrega que "si bien el Código Tributario contempla limitación a las facultades fiscalizadoras, ellas se refieren sólo para investigar hechos sujetos al secreto profesional, a la cuenta corriente bancaria y demás operaciones a que la ley en forma expresa le otorgue el carácter de confidenciales" (considerando 5°).

Así, la Corte rechaza la pretensión de la recurrente en orden a que "el sigilo profesional alcanza también a los bancos, pues no es lo mismo secreto profesional que secreto bancario, el que obviamente es reconocido por la ley" (considerando 7°).

En definitiva, la Corte de Apelaciones rechaza el recurso porque, a su juicio, las medidas de que se reclama están contempladas expresamente en la ley y el Servicio de Impuestos Internos no habría hecho otra cosa que ejercitar sus facultades para salvaguardar los intereses del Fisco.

iii. El fallo de la Corte Suprema (2 de abril de 1981).

Apelada la sentencia, y conociendo de esta apelación, la Corte Suprema



señala que el Código Tributario no altera las normas vigentes en tres situaciones: primero, las relativas al secreto profesional; segundo, tratándose de la reserva de la cuenta corriente bancaria; y, tercero, las demás operaciones a que la ley les dé carácter confidencial.

Recurriendo a la costumbre, y con un desplante a todas luces poco común en nuestro máximo tribunal, indica la Corte Suprema que:

"como es público y notorio ..., en este país siempre se ha dado el carácter de confidenciales a las operaciones bancarias, esto es, ha sido la costumbre darle a las operaciones bancarias tal calidad".

Agrega además el Juez Supremo:

"que estando, pues sancionado por la costumbre el secreto bancario ello tiene fuerza de ley debido a que se trata de una cuestión de carácter comercial y en aquellas situaciones del secreto bancario que no estén especialmente excepcionadas, como es el caso de las citaciones reclamadas, debe concluirse que el Código Tributario no ha innovado a su respecto y que rige actualmente la ley de costumbre, en virtud de lo que dispone el artículo 4º del Código de Comercio, de estimar confidenciales las operaciones bancarias" (considerando 4º).

Todo ello lleva a la Corte Suprema a acoger el recurso de protección y, restableciendo el imperio del derecho, deja sin efecto las citaciones mencionadas, agregando finalmente que no está por tanto, el recurrente, obligado a "exhibir o, de alguna manera, dar a conocer los antecedentes a que tales actuaciones y el presente recurso se refieren, los que de esta forma permanecen protegidos por el llamado secreto bancario".

e. Proyecto de ley sobre reserva bancaria abortado de 1981 en Chile.

El secreto bancario casi encontró consagración legal en el año 1981 como consecuencia de un proyecto de iniciativa del Ejecutivo (elaborado por el Servicio de Impuestos Internos) que finalmente sería rechazado por el órgano legislador.

Dicho proyecto de ley fue la reacción del Servicio de Impuestos Internos en contra de la sentencia de la Corte Suprema en el juicio "Banco O'Higgins con Servicio de Impuestos Internos", expuesto previamente. El proyecto de ley fue tramitado conforme a la Ley 17.983, de 1981, que establece órganos de trabajo de la Junta de Gobierno y fija normas sobre procedimiento legislativo.



El mensaje del Presidente de la República señalaba que el objeto del proyecto (que intercalaba un artículo 19 bis de la Ley General de Bancos y derogaba los incisos 2° y 3° del artículo 1° de la Ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques, y el artículo 62 del Código Tributario), entre otros, era "consagrar legalmente la reserva de las operaciones bancarias y de las instituciones financieras" y "determinar las limitaciones a que la referida reserva estaría sometida". Se señala, además, que en virtud de ser esta una iniciativa que tiene por objeto esclarecer una situación planteada recientemente y que afecta las facultades de organismos del Estado para efectuar investigaciones en curso, que es de interés general no paralizar por más tiempo, el Presidente solicita la aprobación del proyecto con trámite de extrema urgencia. El Informe Técnico que acompañó al proyecto resalta igualmente su importancia para las atribuciones del Servicio de Impuestos Internos.

En el Informe de la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno, muy amplio, detallado y bien documentado, se aprueba la idea de legislar, efectuando sólo algunos reparos de forma.

No obstante, en definitiva, el proyecto sería rechazado por las Comisiones Legislativas, quienes estimaron no legislar sobre la materia o en una forma diferente. Es importante señalar algunos aspectos del Informe del Presidente de la Primera Comisión Legislativa de la Honorable Junta de Gobierno (Secretaría de Legislación):

1° Deja establecido que más que consagrar el secreto bancario, el objetivo determinante del Ejecutivo para proponer este proyecto era esclarecer la situación planteada por la sentencia judicial citada, que afectaba las facultades del Servicio de Impuestos Internos.

2° Se realiza en el informe un novedoso examen de la reserva bancaria distinto de lo anterior, luego de lo que se concluye que "no cabe duda que el principio de reserva o secreto bancario se encuentra consagrado en nuestra legislación tanto en el derecho positivo como en la costumbre mercantil y la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia. Ahora bien, el hecho de no existir una ley orgánica que abarque esta materia en todos sus aspectos carece de importancia frente a los fundamentos de derecho que le sirven definitivamente de apoyo, reconocimiento o consagración".

3° Un acápite digno de reproducir de este informe es el siguiente: "Quiérase o no, es evidente que existe una relación entre el fallo de nuestro más Alto Tribunal



de Justicia, que acogió un recurso de protección porque se había vulnerado una garantía constitucional por el Servicio de Impuestos Internos al ordenar citaciones, diligencias y obligación de proporcionar antecedentes más allá de los casos de excepción que las leyes le autorizan". En cuanto a la oportunidad del proyecto y su vinculación con el proceso ya señalado, el informe recuerda lo establecido en el artículo 73 de la Constitución, en cuanto a que el órgano legislativo no puede, en caso alguno, "ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos".

En fin, señala enfáticamente el informe "las razones anteriores parecen suficientes para que no se alteren las reglas del juego en procesos o en materias en actual tramitación, y por ello el proyecto en la forma en que está concebido parece poco oportuno".

4º Termina el informe con declaraciones tan sugestivas como las siguientes:

- "Ya se ha sostenido con amplio acopio de antecedentes que durante más de cincuenta años, sin necesidad de texto expreso, la reserva en materia de operaciones bancarias se encuentra reconocida con fundamentos de carácter constitucional".

- "Quizás a estas alturas es conveniente declarar que el articulado consagra un derecho que, en definitiva, no necesitaba de esta disposición legal para su reconocimiento".

- "La Comisión al manifestar la inconveniencia de ampliar estas atribuciones (del Servicio de Impuestos Internos) ha tenido en consideración el punto de equilibrio que necesariamente debe existir entre la protección del cuentacorrentista o del cliente del banco que, amparado en la privacidad, está incentivando sus operaciones, que redundan en beneficio del desarrollo del país, y la necesidad de otorgar las herramientas legales a los entes fiscalizadores para cumplir su función de tales". A juicio de esta Comisión, la actual legislación comercial, civil y tributaria "está conjugada para producir este justo equilibrio sin romper el esquema constitucional actualmente vigente".

A juicio de Alejandro Vergara Blanco, que compartimos, el rechazo del mencionado proyecto de ley por el órgano legislativo fue un total acierto, pues no se trataba sino de una forma encubierta de abrir, en forma ancha, exagerada y de dudosa constitucionalidad, las puertas del secreto bancario ante la administración tributaria, siendo esta última la más interesada en el proyecto.



2. 1. 6. Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Nuestra actual Constitución establece en su capítulo III, artículo 19, numeral 5º, el siguiente precepto constitucional:

Artículo 19. "La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 5. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley".

A nuestro entender, es la propia Constitución la que consagra el principio de la inviolabilidad de las informaciones confidenciales entregadas a los bancos, al ser éstas parte integrante de los documentos privados de una persona. Así, estas informaciones sólo podrán interceptarse, abrirse o registrarse según los casos determinados por la ley. Esta tesis determina el origen constitucional del secreto bancario, al ser este principio una forma de resguardar las informaciones privadas de origen financiero.

Pero esta institución de orden público no es un derecho absoluto, ya que admite una serie de excepciones que limitan este principio en favor del bien común y el orden social. Sin embargo, en ningún caso, podrán significar estas excepciones la derogación del secreto bancario por ser ésta una garantía constitucional que no puede ser afectada en su esencia, según lo establece el artículo 19, Nº 26, de la Constitución, que señala lo siguiente:

Artículo 19. "La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 26. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Por lo tanto, el secreto bancario no puede ser derogado, ni se le pueden imponer condiciones que signifiquen en la práctica su anulación.

Antes de la expresa consagración legal del secreto bancario en el año 1986, existían algunas críticas que trataban de desconocer el fundamento constitucional de esta institución, quizás por la debilidad de la fuente del mismo que aún no era expresamente legal.

Fundamentalmente se argumentaba que la Constitución Política de la República no señala expresamente a las informaciones bancarias como parte de los documentos privados garantizados por el derecho a la intimidad por lo cual no



caben dentro de las situaciones descritas en el numeral quinto del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Estos razonamientos, a nuestro entender se originan en una premisa equivocada, cual es que la Constitución deba garantizar casuísticamente todas las situaciones aplicables a los principios por ella establecidos. Si fuera así, nos encontraríamos con una Constitución altamente engorrosa, burocrática y obsoleta, pues cada nuevo caso debería tener su consagración constitucional específica. Ello va contra los principios más básicos de la labor legislativa, la cual debe tener por objetivo la promulgación de leyes para casos generales y no particulares.

Además, hay algunos que, reconociendo la validez de los argumentos anteriores, señalan que no es aplicable el derecho a la intimidad a las informaciones financieras por no ser éstas parte de la vida privada de las personas.

Esto último es también equivocado por cuanto la esfera íntima de las personas incluye sus informaciones bancarias, las que tienen el carácter de privadas al no ser conocido por extraños. Estos documentos son conocidos por el banco por ser éste un confidente necesario del cliente.

Además se debe destacar que la Constitución señala los principios fundamentales sobre los que descansa la existencia de una comunidad organizada, no pudiendo ni debiendo determinar los modos ni los casos específicos a los cuales se aplican estos derechos, siendo esta labor propia del órgano legislativo y no del constituyente.

De esta forma serán las normas legales las que especifiquen y determinen los preceptos constitucionales, lo que efectivamente ocurría ya con las disposiciones de la Ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques, y posteriormente con la inclusión expresa del secreto bancario en la Ley General de Bancos, que será tratada en este aspecto más adelante.

Por último, al estar este derecho consagrado constitucionalmente, se puede recurrir ante los Tribunales Superiores de Justicia, mediante un recurso de protección, en el caso de ser objeto de actos u omisiones arbitrarias o ilegales que priven, perturben o amenacen el legítimo ejercicio de este derecho, según lo consagra el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental.

2. 1. 7. Decreto con Fuerza de Ley N° 707 de 7 de octubre de 1982 en Chile.



Este decreto vino a fijar el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques.

En su artículo 1° establece específicamente lo siguiente:

"La cuenta corriente bancaria es un contrato en virtud del cual un Banco se obliga a cumplir las órdenes de pago de otra persona hasta concurrencia de las cantidades de dinero que hubiere depositado en ella o del crédito que se haya estipulado.

El Banco deberá mantener en estricta reserva, respecto de terceros, el movimiento de la cuenta corriente y sus saldos, y sólo podrá proporcionar estas informaciones al librador o a quien éste haya facultado expresamente.

No obstante, los Tribunales de Justicia podrán ordenar la exhibición de determinadas partidas de la cuenta corriente en causas civiles y criminales seguidas con el librador".

Previo a 1986, los juristas consideraban al artículo 1° de este Decreto con Fuerza de Ley, que se originó en la modificación introducida a la Ley N° 7.498 de 17 de agosto de 1943, como el fundamento legal de todo el secreto bancario, en circunstancias que este artículo se refiere en forma específica a la reserva de la cuenta corriente bancaria y no al secreto bancario en general.

Sin embargo, parte de la doctrina imperante en esa época determinaba que esta ley aunque establecía de manera restrictiva al secreto bancario, consagraba indirectamente esta institución de manera amplia, al hacerlo extensivo al resto de los contratos y relaciones existentes entre el banco y sus clientes, por serle aplicables los mismos principios bancarios por los que se consagraba a la reserva de las cuentas corrientes.

Este decreto es un importantísimo antecedente de la Ley N° 18.576, que será vista a continuación, y, lo que es más, continúa hasta hoy vigente, por lo que sigue consagrando de manera específica la reserva de las cuentas corrientes bancarias.

Cabe mencionar de paso el artículo 61 del Código Tributario chileno, que hace mención a la reserva bancaria y a otros elementos. Dentro de esto último algunos autores establecieron posturas interesantes.

El referido artículo establece lo siguiente:

"Salvo disposición expresa en contrario, los preceptos de este Código, no modifican las normas vigentes sobre secreto profesional, reserva de la cuenta corriente bancaria y demás operaciones a que la ley dé carácter confidencial".



Por lo expuesto en la parte final de este artículo algunos autores establecían que al referirse la ley a "... las demás operaciones a que la ley dé el carácter confidencial", se estaba refiriendo a las demás operaciones bancarias, las cuales tenían el carácter de secretas por la costumbre bancaria y por serles aplicable el artículo 1º de la Ley 7.498 sobre cuentas corrientes bancarias y cheques.

2. 1. 8. Ley N° 18.576 del año 1986, que modifica a la Ley General de Bancos contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 252 en Chile.

La Ley N° 18.576, en su artículo 1º letra A, consagró legalmente el secreto bancario en nuestro ordenamiento jurídico prescribiendo lo siguiente:

"Los depósitos y captaciones de cualquier naturaleza que reciban los bancos están sujetos a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular o a quien haya sido expresamente autorizado por él o a la persona que lo represente legalmente. El que infringiere la norma anterior será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

Las demás operaciones quedan sujetas a la reserva y los bancos solamente podrán darlas a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar daño patrimonial al cliente. No obstante, con el objeto de evaluar la situación del banco, éste podrá dar acceso al conocimiento detallado de estas operaciones y sus antecedentes a firmas especializadas, las que quedarán sometidas a la reserva establecida en este inciso y siempre que la Superintendencia las apruebe e inscriba en el registro que abrirá para estos efectos.

En todo caso, los bancos podrán dar a conocer las operaciones señaladas en los incisos anteriores, en términos globales, no personalizados ni parcializados, sólo para fines estadísticos o de información cuando existe un interés público o general comprometido, calificado por la Superintendencia.

La justicia ordinaria y la militar, en las causas que estuvieren conociendo, podrán ordenar la remisión de aquellos antecedentes relativos a operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso, sobre los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquiera naturaleza que hayan efectuado quienes tengan carácter de parte o inculpado o reo en esas causas u ordenar su



examen, si fuere necesario".

Este texto legal fue incluido en la Ley General de Bancos, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 252, en su artículo 20.

De este modo, por un lado, queda establecido definitivamente claro que el legislador ha prestado protección a la privacidad de las personas y por otro, que también debe defenderse el interés público, sobre todo en lo relativo a préstamos y riesgos bancarios.

Vale la pena advertir que esta norma legal repite de alguna manera la Circular N° 1.695 de 23 de julio de 1980 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile, anteriormente detallada por cuanto como ella distingue entre secreto bancario en términos absolutos, y que recae sobre los depósitos y captaciones de cualquier naturaleza que reciban los bancos, y por otra parte a la reserva bancaria, refiriéndose esta última a las demás operaciones del banco que no sean depósitos ni captaciones.

Sin embargo, la redacción original de este texto era muy distinta, pues prácticamente no contemplaba límites a esta atribución. Señalaba: "Los Tribunales de Justicia, en las causas que estuvieren conociendo, podrán ordenar la remisión de antecedentes sobre los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza que hayan efectuado quienes sean parte en el proceso u ordenar su examen si fuera necesario ...". En otras palabras, la sola existencia de un juicio en que fuese parte un cliente de un banco, bastaba para levantar el secreto bancario.

Pero las Comisiones Legislativas cambiaron substancialmente esta norma, agregando a la disposición legal la exigencia de que la orden judicial se refiera sólo a operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso, lo que a nuestro juicio fue un gran acierto.

El texto legal de esta norma presenta características muy relevantes pues por una parte establece una severa regulación para operaciones pasivas y una reglamentación más permisiva para operaciones activas y de servicios o neutras.

Es importante recordar que operaciones activas son aquellas en que el banco es quien otorga el crédito, pero si el cliente es quien lo otorga esa operación se denomina pasiva, por ejemplo lo que ocurre con los depósitos, y con respecto a las demás operaciones bancarias que no impliquen otorgamiento de créditos, ellas se denominan neutras, por ejemplo el servicio de cobranza, de emisión de documentos, etcétera.

Sin embargo, el artículo 20 de la Ley General de Bancos recibió severas



críticas, y a mi entender justificadas, por parte del abogado constitucionalista Guillermo Bruna, que señaló "que la iniciativa legal vulneraba los principios constitucionales y que no admite arreglo, por lo tanto es insubsanablemente malo". Agregó "que la modificación propuesta por este artículo está destinada a establecer la reserva de las operaciones bancarias, pero permitiendo dar a conocer algunos antecedentes de ellas para fines estadísticos y de información si existe un interés público general comprometido, calificado por la Superintendencia". Al respecto estimaba que "es inconstitucional la calificación de la Superintendencia ya que ella vulneraría la calidad de los documentos privados, dentro de los cuales la jurisprudencia considera los documentos bancarios, al establecer que la Constitución sólo permitiría su registro en la forma y casos previstos por la ley".

Este mismo artículo 20 establece también las excepciones a la obligación de secreto bancario solamente frente a requerimientos de la justicia ordinaria y militar frente a causas que se vinculen a operaciones bancarias. Pero sólo respecto de determinadas actuaciones.

También cabe mencionar que la norma en cuestión concede la facultad de dar acceso al conocimiento de operaciones y de antecedentes a firmas especializadas. Los bancos podrán dar a conocer las diversas actuaciones a ellas en forma impersonalizada e imparcial.

Pero lo recalable de la norma, además de la consagración legal del instituto, es que tipificó al delito de violación de secreto bancario, lo que otorga le otorga una mayor protección. La pena impuesta es restrictiva de libertad, reclusión menor en sus grados mínimo a medio (de 61 días a 3 años), pero se aplica únicamente a la violación de secreto bancario respecto de las operaciones pasivas, lo que le resta eficacia.

Actualmente esta normativa se encuentra en el artículo 154 de la Ley General de Bancos contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3 de 19 de diciembre de 1997 que refundió, sistematizó y concordó a la misma ley contenida anteriormente en el Decreto con Fuerza de Ley N° 252, de 1960, a la Ley Orgánica de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras contenida en el Decreto Ley N° 1.097, de 1975, y también a los demás textos legales que se refieren a bancos y sociedades financieras u otras empresas fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

III. Tercera parte. Algunas comparaciones sobre el secreto



bancario en el derecho suizo y chileno, y profundización legal y doctrinaria del secreto bancario en Chile.

Comenzando ya una nueva etapa en este trabajo, en la que analizaremos parte de las estructuras legales sobre las que se sostiene el secreto bancario en las naciones señaladas en el acápite, trataremos de identificar a los elementos que distinguen a un sistema de secreto bancario del otro, exponiendo las falencias que visualicemos, sugiriendo reformas a seguir para obtener una mejora substantiva del instituto en estudio en nuestro país. Lo emitido en las siguientes páginas constituirá juicios de valor basados en elementos objetivos de juridicidad que respeten lo establecido por nuestra Constitución, pero integrando un toque de subjetividad de mi parte que denotará la postura que asumo en cuanto al deber ser del secreto bancario en Chile, basada en mi aún corta experiencia académica y el conocimiento práctico que domino de la banca nacional, tratando de empatizar con el público que utiliza los servicios prestados por ésta.

1. Comparación de normas fundamentales que protegen al secreto bancario en Chile y Suiza.

Primero que todo iniciaremos por la norma principal que consagra actualmente al secreto bancario en cada uno de los dos países.

En Suiza es el Acta Bancaria Federal de 1934. En ella se considera al deber de confidencia del banquero como un deber profesional por cuya violación debe ser sancionado por la ley penal. Cualquier banquero que divulgue secretos bancarios sobre sus clientes o terceras partes es castigado con prisión o con multa.

El artículo 47 es el texto fundamental de esta ley. Su contenido oficial en inglés es el siguiente:

Article 47 of the Swiss Federal Banking Act of 8 November 1934.

"1.Any person who, in his or her capacity as member of a body, employee, proxy, liquidator or commissioner of a bank, observer for the Banking Commission, or a member of a body or an employee of an authorized auditing firm, has revealed a secret that was entrusted to him or her or of which he or she had knowledge by means of his or her practice or employment, any person who has incited another to violate professional secrecy, will be punished by imprisonment for a maximum of six months or by a fine not exceeding 50,000 francs.



2.If the offender acted in negligence, the punishment will consist of a fine not exceeding 30,000 francs.

3.Violation of secrecy remains punishable even when the practice or employment has terminated or the holder of the secret no longer works in the banking industry.

4.Reserved are the provisions of the federal and cantonal legislation ruling on the obligation to inform authorities and testify in court.”

A continuación lo traduzco:

"1. Cualquier persona que, en calidad de miembro de una corporación, empleado, representante, liquidador o comisionado de un banco, observador de la Comisión de Bancos, o miembro de una sociedad o un empleado de una firma auditora autorizada, haya revelado un secreto que le hayan confiado y que hubiera conocido por medio de su práctica o empleo, cualquier persona que haya incitado a otro a violar el secreto profesional, será sancionado con prisión por un máximo de seis meses o con una multa que no excederá los 50.000 francos.

2. Si el ofensor actuó con negligencia, la sanción consistirá en una multa que no excederá los 30.000 francos.

3. La violación del secreto permanece sancionable aún cuando la práctica o empleo hayan terminado o el sostenedor del secreto no trabaje más en la industria bancaria.

4. Reservadas son las disposiciones de la legislación federal y cantonal que rigen en cuanto a la obligación de informar a las autoridades y testificar en corte.”

Obviamente se equipara el secreto bancario al secreto profesional, pero eso no significa que sea ese su único fundamento, debido a que en Suiza el resultado de esta norma se debió al gran respeto a la intimidad de las personas que no puede ser vulnerada por terceros en cualquiera de sus ámbitos, ni siquiera por el Estado, salvo graves casos de excepción.

Sin menoscabar el fundamento del secreto bancario en Chile, no creo que esté de más decir que el fundamentar en el secreto profesional al instituto en comento hubiera sido la solución más simple y eficaz. Tan sólo hubiera bastado que hubieran modificado los requisitos necesarios para ser banquero en Chile, exigiendo título profesional, y que hubieran hecho la homologación legal del secreto profesional al bancario. En cuanto a que el secreto profesional es propio de las personas naturales y no jurídicas vale decir que eso es menos que suficiente, ya



que para eso están las presunciones legales. Se debiera dar tal calidad, de banquero, a todos los que laboren de alguna u otra forma en un banco y tengan acceso a información protegida por el secreto bancario, por lo menos en lo que tenga relación con este instituto.

Volviendo al Acta Bancaria de 1934 en Suiza, es importante indicar que esta ley permite al cliente del banco obtener que el banquero acate el secreto bancario sin tener que argüir un interés específico, es decir, incondicionalmente.

Sin embargo, existen varias excepciones al secreto bancario suizo contenido en el artículo 47 del Acta Bancaria que obligan al banquero a informar a las autoridades y a testificar en corte. Estas excepciones están estrictamente reguladas y definidas dentro del sistema legal. En casos civiles, se aplica a respecto de las herencias, divorcios y cobranzas de deudas y quiebras, mientras que en los casos criminales concierne a los procedimientos legales referidos al lavado de dinero.

Ahora bien, nuestra norma fundamental de secreto bancario está actualmente contenida en el artículo 154 de la Ley General de Bancos. Ya anteriormente se expuso su contenido en la primera parte de este trabajo, por lo que a continuación me limitaré a hacer referencias a su contenido en vez de transcribirlo nuevamente para efecto de no ser considerado reiterativo.

Cabe señalar, debido a que no se menciona en el artículo 47 del Acta Bancaria suiza sino que se desprende de todo el armazón legal, que el secreto bancario suizo es absoluto, estando prohibido revelar cualquier información que el banco posea sobre un cliente, inclusive la misma existencia de una cuenta bancaria. Esto último no se encuentra resguardado en nuestra nación, debido a que no se hace mención a ello en la ley y a que la jurisprudencia de nuestros tribunales ha estimado que la existencia de una cuenta bancaria no es un hecho resguardado por la institución en estudio, lo que a mi juicio es lamentable.

Además, en nuestro país, como ya previamente se señaló, se distingue entre secreto bancario, que cubre con confidencialidad absoluta a los depósitos y captaciones de cualquier naturaleza que los bancos reciban, y reserva bancaria, que protege al resto de las operaciones bancarias, teniendo la cuenta corriente bancaria su propia regulación especial. Pero se da al banco la facultad, no obligación, de dar a conocer los antecedentes de estas demás operaciones a quien demuestre un interés legítimo, es decir legal, y siempre que no sea previsible que el conocimiento pueda ocasionar daño patrimonial al cliente.



En cuanto a esta facultad considero que va en menoscabo del secreto bancario por cuanto no se justifica su necesidad y porque el hecho de establecer condiciones para que el banco determine si es conveniente o no el otorgar la información o antecedentes requeridos a un tercero es dar cabida a la posible o probable ocurrencia de un error, o quizás hasta dolo, en que se podría dar a conocer algo que efectivamente dañe al cliente patrimonialmente, o hasta moralmente, aunque esto último no esté cubierto (lo que es discutible a mi juicio), debido a que estamos tratando con la intimidad de una persona, a pesar de que existan las correspondientes acciones indemnizatorias en caso de perjuicios. En definitiva, esta facultad parece poder ocasionar más problemas y controversias que servir a algún buen propósito.

También señala el artículo 154 de la Ley General de Bancos, inciso 1º, que los antecedentes sujetos a secreto bancario se podrán dar conocer a su titular o a quien haya sido expresamente autorizado por él o a la persona que lo represente legalmente.

La obligación de secreto bancario obviamente no tiene fundamento frente al cliente titular, lo que resulta del todo evidente, y significa que el dueño de los depósitos tiene acceso a toda la información que requiera respecto de cualquier bien de su propiedad, y naturalmente se incluyen todas las formas de depósito que el titular posea.

Algunos autores consideran que debe incluirse dentro de esta categoría a los empleados del cliente, sus trabajadores, cuando en el ejercicio de su empleo toman conocimiento de negocios, inversiones u operaciones bancarias de su empleador. Esta obligación de guardar secreto pesa sobre el trabajador, que en caso de incumplir faculta al empleador a hacer efectiva una de las causales de caducidad del contrato de trabajo en virtud del artículo 160 del Código del Trabajo chileno, que señala:

"El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:

1. Falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave debidamente comprobada ...".

La causal de caducidad se encuentra en la falta de probidad, que según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española significa: "Honradez, rectitud en el obrar". Por ser el trabajador una persona de confianza del empleador maneja antecedentes o información muy valiosa, que en caso de caer en manos de



la competencia puede hacer peligrar la estabilidad de los negocios. Pero el empleador debe ser cuidadoso en su actuar, porque el onus probandi recae sobre él, lo que significa deberá acreditar los hechos y será el juez el encargado de resolver y de considerar probada la acusación.

Otra situación que es posible ubicar dentro de este punto, es analizar el interés que tiene el cónyuge del cliente. En nuestro ordenamiento jurídico existen diversos regímenes matrimoniales, y frente a ellos se debe distinguir la sociedad conyugal, la separación de bienes o el régimen de participación en los gananciales. Con relación al primero, la sociedad conyugal, el secreto bancario no debe existir entre cónyuges, por existir entre ellos unidad de fines y los mismos intereses. Por otra parte con relación al régimen de separación de bienes o el de participación en los gananciales, el secreto bancario entre los cónyuges si está presente, porque tanto en uno como en el otro, los patrimonios de cada uno permanecerán separados y por tanto conservando individualmente sus facultades de administración y disposición de sus bienes. Con ello también cada uno mantiene su esfera de privacidad en la administración de su patrimonio, y de esto se puede deducir que el secreto bancario está presente en sus operaciones. Un caso aparte es el de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, que desempeñara un empleo, oficio, profesión o industria separada de su marido y lo que obtuviera lo depositara en un banco, atendido a que de acuerdo al artículo 150 del Código Civil se considera separada de bienes, aquello se encontraría resguardado por el secreto bancario, siendo plenamente oponible a su marido. Así también al terminar el régimen de participación en los gananciales debe ceder el secreto bancario respecto de los valores depositados en un banco pertenecientes a los cónyuges y que hayan adquirido durante el régimen, en atención a que el artículo 12 de la Ley Nº 19.335 establece que al término del régimen de participación en los gananciales se presumen comunes los bienes muebles adquiridos durante él, salvo los de uso personal de los cónyuges.

En Suiza, en términos generales y ahondando en el tema de los derechos de un cónyuge sobre la cuenta bancaria del otro, primeramente se debe distinguir si el matrimonio fue contraído en Suiza o en el extranjero. Entonces:

- a. Matrimonio contraído en Suiza.

El Código Civil suizo, en su artículo 170, prescribe que cualquiera de los cónyuges puede requerir información sobre la situación financiera del otro. Además, el secreto bancario es alzado cuando el divorcio es declarado bajo la Ley de



Matrimonios de Suiza.

b. Matrimonio contraído fuera de Suiza.

La situación es muy diferente cuando el divorcio es declarado bajo Ley de Matrimonio extranjera. El banquero suizo tiene prohibido testificar ante una corte de ley extranjera de acuerdo al secreto bancario, lo que se encuentra dispuesto en el artículo 47 del Acta Bancaria. El procedimiento envuelve tres etapas:

Etapa 1: Verificar si el país del cónyuge demandante ha firmado algún tratado de cooperación judicial con Suiza.

Un juez extranjero no puede directamente requerir información de los bancos suizos. Solamente se puede obtener información por medio de la cooperación judicial.

Si no hay acuerdo de cooperación judicial relativo a materias civiles entre los dos países, el secreto bancario no puede ser alzado.

Si hay acuerdo, las autoridades legales de los dos países pueden corresponder con la del otro directamente.

Etapa 2: Verificar si el demandante ha identificado la cuenta bancaria.

Si hay acuerdo de cooperación, un juez suizo será asignado al caso. Para que el juez suizo asuma el cargo, el demandante debe probar que la cuenta existe y determinar el nombre del banco que la mantiene.

Etapa 3: Verificar si el banquero tiene el derecho a testificar ante la corte del cantón o distrito donde la cuenta fue abierta.

Los cantones o distritos de Suiza se pueden clasificar en tres grupos, y dependiendo en cuál esté el banco puede suceder que:

- i. El banquero no tiene derecho a testificar si su cliente se lo prohíbe.
- ii. El juez decide si el banquero debe testificar.
- iii. El banquero decide si debe testificar.

El artículo 198 del Código de Procedimiento Civil para el cantón de Vaud, que pertenece al grupo en que el banquero no puede testificar si su cliente se lo prohíbe, con su contenido oficial en inglés es el siguiente:

"No person is held to give evidence surrounding facts that an official duty or function prohibits him or her from disclosing, unless he or she is expressly freed from this duty.

Even if the person concerned has agreed to the disclosure, the people bound by professional secrecy in accordance with article 321 of the Criminal Code, as well as certified business agents, cannot



be held to testify on secrets they learned when practicing their profession or by means of their services ...".

Lo que traduzco a continuación:

"Ninguna persona está sometida a dar evidencia sobre hechos circundantes que el deber o función oficial le prohíben divulgar, a menos que expresamente esté liberada de aquel deber.

Incluso si la concerniente persona haya asentido la divulgación, las personas obligadas por el secreto profesional de acuerdo al artículo 321 del Código Penal, como así también los agentes de negocios certificados, no pueden ser obligados a testificar sobre secretos que supieron ejerciendo su profesión o por medio de sus servicios ...".

Este último artículo es sólo una descripción general y no debe ser usado para determinar que reglas se aplicarán en cada caso individual.

Saliendo del tema de los cónyuges, ahora podemos indicar que también pueden presentar un interés ante el banco los sucesores a título universal. Si se parte del aforismo "quien contrata para sí, contrata para sus herederos", se puede inferir que el secreto bancario no operaría ante ellos, por ser continuadores de la personalidad del causante. Por ello la sucesión universal pasa a ocupar el lugar del causante y recoger sus derechos a cualquier título, y les corresponderá la totalidad de los bienes del difunto, o una cuota o parte alícuota de tales bienes. Pero frente a los sucesores a título singular no desaparece la obligación de secreto, ella permanece, porque este tipo de sucesión tiene por objeto bienes determinados, específicos o genéricos, por ello no les corresponde a los asignatarios entrar a conocer las operaciones del causante, sino sólo las que tengan estricta relación con la asignación que se le ha otorgado.

Ahora, en lo relativo a los sucesores a título universal en Suiza se puede señalar que ocurrida la muerte del causante que fuera titular de una cuenta bancaria suiza, los herederos heredarán, valga la redundancia, el balance de la misma. No hay impuesto a las herencias en Suiza para los no residentes. Los herederos son responsables de declarar los valores a las autoridades tributarias de su país.

Tan pronto como el banco es notificado por escrito de la muerte del causante, con las formalidades correspondientes por supuesto, su cuenta es congelada hasta que sus herederos se presenten. Por lo tanto, el titular de la cuenta debe asegurarse que alguien fuera del banco sepa de la existencia de la



cuenta.

Para heredar una cuenta bancaria suiza se necesita probar sin lugar a dudas el derecho que se tiene a la herencia. Si los herederos no conocen el nombre del banco, el proceso será largo, difícil y costoso.

De paso, es importante mencionar que cuando el banco suizo no ha tenido contacto con el titular de la cuenta por más de 10 años, la cuenta es considerada inactiva. En razón de aquello se ha creado un procedimiento especial de búsqueda para que terceros pecuniaria y legalmente interesados, como los herederos, puedan encontrar y reclamar estas cuentas, cediendo el secreto que existe sobre la existencia de la cuenta misma.

Si el banco no es notificado de la muerte del titular, si es que murió, se esperarán entonces 10 años desde el último contacto realizado antes de seguir adelante. Si no hay contacto en ese plazo con el titular de la cuenta o sus herederos la cuenta pasará a ser inactiva y se le aplicará un procedimiento diferente. Se considera contacto a una instrucción, comunicación o expresión hecha por el cliente o el apoderado del cliente que resulte en un movimiento en la cuenta bancaria o depósito de confianza, o una entrada en los archivos. Es importante notar que a aquellos clientes que envían sus comunicaciones por correo, sin alguna vez regresar al banco, no se les considerarán sus valores inactivos.

Siempre que los herederos tengan los documentos requeridos tienen el derecho a saber el balance de la cuenta al día de la muerte del causante y a verificar cualquier transacción que se haya realizado desde la fecha del último estado aprobado por el titular de la cuenta, no infringiendo esto al secreto bancario. La distribución del caudal hereditario tiene ya que haber tomado lugar antes de que cualquier retiro se pueda realizar de la cuenta.

Los herederos deben probar su calidad de tales al banco con los siguientes documentos:

- i. Certificado oficial de muerte del causante.
- ii. Certificado oficial de heredero o una copia del testamento autorizada ante notario.
- iii. Un documento de identificación personal oficial.

Los documentos extranjeros que sean autenticados por un consulado suizo ayudarán a hacer el proceso de reconocimiento a ir más rápido.

El certificado de herencia es un documento neutral que puede ser cedido a un acreedor del causante. Generalmente es posible obtener este documento de las



autoridades del país donde ocurrió la muerte sin tener que especificar cómo será usado.

Si los herederos no saben el nombre del banco, pero saben de la existencia de una cuenta bancaria en Suiza, ellos pueden contactar a todos los bancos, los que les proveerán la información solicitada contra presentación de los documentos individualizados previamente. Si no lo hacen de esta forma rige entonces el secreto bancario y no les podrán otorgar antecedente alguno. Sin embargo, la búsqueda puede ser complicada debido a que hay más de cuatrocientos bancos en Suiza y no todos ellos requieren siempre los mismos documentos de apoyo.

A veces una persona abre una cuenta en un banco suizo, deposita dinero, y luego desaparece. Los bancos no son siempre capaces de averiguar que ha pasado con esos silenciosos clientes, por lo quedan en la duda de saber si debieran seguir los requerimientos de personas que reclaman ser los herederos del titular. Obviamente, el problema principal es para los clientes que residen en el extranjero ya que debido al secreto bancario el banco no puede publicar noticias en la prensa internacional para localizar a los depositarios. Esto ha llevado a la mayoría de los bancos suizos a refrenarse de abrir cuentas bancarias con depósitos reducidos a clientes extranjeros, por temor a que se olviden que la cuenta existe.

En cuanto al derecho del representante legal de un titular de una cuenta bancaria a acceder a la información sujeta a secreto bancario en Chile, nótese que la ley ha exigido, en el artículo 154 inciso 1º de la Ley General de Bancos, que el sujeto que solicite la información respecto del titular, debe haber recibido una autorización expresa de éste. En la práctica, es lógico que esta autorización por lo menos conste por escrito. La ley exige simplemente que la persona que representa al titular, de los depósitos y captaciones, se encuentre investida de tal representación cumpliendo los requisitos legales.

Sin embargo, existen a disposición de los clientes de un banco dispensadores automáticos de dinero y información bancaria, que mediante la inserción de una tarjeta magnética en una ranura, entrega estos antecedentes, por lo menos con relación a las cuentas corrientes bancarias o cuentas vistas. Estas tarjetas contienen el número de la respectiva cuenta corriente o vista a la cual cada cliente debe agregar su número de identificación personal. El banco entrega estas tarjetas personalmente al cliente, con lo cual actúa en conformidad al artículo 154 en estudio. Si el cliente da a conocer su número de identificación personal a un tercero, a fin que éste premunido de la tarjeta pueda obtener en el terminal



electrónico la información correspondiente, ello correspondería a una autorización expresa dada a un tercero para obtener tal información, con lo cual se estaría también dentro de los parámetros legales.

Volviendo a Suiza, se puede mencionar que al contratar con un banco de aquel país se puede estipular a quien se autoriza acceso a la información sujeta a secreto bancario, o posteriormente el cliente puede en forma expresa consentir lo ya indicado.

A modo ejemplar, indicaré algunos casos de representación legal, y otro que no cae bajo esta figura, que son el resultado de instrumentos legales que permiten mantener el control de la cuenta bancaria luego de la muerte en Suiza:

i. Poder post mortem de representación legal.

Se indica a alguien, por ejemplo un notario, para que sea el representante legal de la riqueza después de la muerte. Se firma un documento en el banco que expresamente establece que el notario tendrá poder después de la muerte del causante, que era el titular de algún valor depositado en un banco suizo y otorgó el poder.

En tal caso, la muerte no alterará el poder del notario. Incluso si el banco es informado de la muerte de su cliente, mantendrá la cuenta activa con la firma del notario. El notario puede hacer todas las transacciones necesarias bajo los términos del poder que se le otorgó.

El notario, sin embargo, no llegará nunca a ser el propietario de los valores que la cuenta mantiene, pero continuará administrándola del mejor modo posible. El banco puede continuar la relación con el notario y informarle de cualquier medida a ser tomada en el mejor interés de los herederos. La cuenta no pasará a ser inactiva porque el banco se encuentra en contacto con un representante legal.

El banco no tiene la obligación de buscar a los herederos o de informarles que la cuenta existe. Eso es trabajo del notario, siguiendo las instrucciones que dejó el causante. Si los herederos saben que la cuenta existe, ellos pueden administrarla cancelando el poder otorgado y asumiendo ellos la representación legal.

ii. Poder post mortem de representación legal encubierto.

Es similar al previamente explicado, pero la diferencia radica en el hecho que la firma del representante no se encuentra en el documento y no se le ha informado de la existencia del mismo. Sucedida la muerte del titular de la cuenta bancaria, causante, el banco contactará a la persona que se indica en el poder



como representante y le solicitará que firme el documento. Desde ese momento, se convierte formalmente en el representante legal y puede utilizar la cuenta como le plazca.

Si la persona toma conocimiento del poder de representación legal antes de la muerte del titular de la cuenta, ella puede solicitar el documento para firmarlo. El banco no puede rehusarse y la persona se convertirá en representante legal antes de la muerte del titular. Obviamente, la discreción es particularmente importante en este punto.

iii. La cuenta conjunta.

Este tipo de cuenta opera como una cuenta individual, aceptando que varias personas puedan acceder a sus valores. El número de co-titulares es generalmente dos, pero puede haber más dependiendo de las circunstancias.

El contrato de cuenta conjunta consta de dos partes:

1. Un acuerdo, entre las personas que serán titulares, en que se define la naturaleza de los derechos y obligaciones de cada uno.
2. Un contrato que los liga directamente con el banco.

El banquero sólo está al tanto del contenido del segundo contrato, y no le empece la relación entre los titulares. El banquero no es responsable si uno de los titulares no respeta el acuerdo.

Como regla general, la cuenta opera con la firma de cualquiera de los co-titulares, pero se pueden fijar otras modalidades. Cada co-titular tiene extensivos derechos, inclusive la posibilidad de cerrar la cuenta. El banco en aquel caso no buscará la aprobación de los otros co-titulares para llevar a cabo la instrucción. A menudo, se aconseja remover esta cláusula del contrato con el banco.

Se puede agregar una cláusula post mortem estipulando que la cuenta continúe operativa después de la muerte de alguno de los co-titulares con la sola firma de los otros.

La cuenta conjunta difiere de un poder de representación legal en varias formas:

- i. Un co-titular no puede revocar los derechos de los otros sobre la cuenta.
- ii. Los co-titulares son completamente interdependientes; el crédito que tenga el banco en su contra puede ser demandado a cualquiera de ellos.
- iii. Los herederos de un co-titular no pueden revocar los derechos de los otros sobre la cuenta después de la muerte del mismo. Ellos, sin embargo, recibirán



los mismos derechos que el causante tenía (siempre que sepan que la cuenta existe).

Un heredero de algún titular de una cuenta bancaria en un banco suizo también hereda la cuenta misma. Tan pronto como el banco es notificado por escrito de la muerte del titular, con las formalidades correspondientes, la cuenta es congelada hasta que sus herederos se presenten.

Fuera de todo lo anterior, un caso interesante de destacar es el relativo a una contienda judicial entre el banquero y su cliente. No puede negársele al banco la posibilidad de recurrir a la documentación que éste disponga para hacerla valer en contra de su cliente. El banco en estas circunstancias tiene un interés legítimo y por lo mismo puede hacer valer esos antecedentes, dejando a un lado al secreto bancario, siempre que la institución bancaria no haga abuso de esos documentos.

Dejando por un momento de lado a Suiza y Chile, se puede citar el que la jurisprudencia británica haya tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia en el caso "Tournier versus National Provincial Bank and Union Bank of England" expuesto en la primera parte de este trabajo. Tomando este caso desde una perspectiva distinta a la ya señalada se puede señalar que el levantamiento del secreto procede cuando los intereses del banco así lo requieran, es por ello que puede considerarse que se trate de intereses patrimoniales en juego o que se esté en presencia de un procedimiento contencioso y que en éste, el banco sea el demandado, pero también se limite el objeto de divulgación a la necesidad por la que se utilizan dichos antecedentes. Para el autor argentino Malagarriga es inadmisibles el principio sustentado en el caso "Tournier", porque importa dejar librado a la discrecionalidad del banquero el cumplimiento de una obligación.

Si bien, es posible disminuir el deber de la obligación del secreto cuando el banco es demandado por el propio cliente, y que la ventilación de hechos específicos posibiliten llegar a una más justa solución, también puede considerarse que es correcto cuando el banco deba accionar en contra de un cliente por incumplimiento de obligación contractual contraída con él, desde el momento en que la exigencia de un excesivo apego al deber de secreto podría colocar en una situación de verdadera indefensión al actor, el banco en este caso.

Además, aquí en Chile los bancos, deben permitir una evaluación habitual de las instituciones financieras por parte de firmas auditoras especializadas, por ejemplo contadores externos, que demuestren un interés legítimo. La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras deberá darles a conocer la



nómina de los deudores de los bancos, los saldos de sus obligaciones y las garantías que hayan constituido. Esta autorización sólo podrá ser posible en la medida que la mencionada Superintendencia apruebe la inscripción en un registro especial que abrirá para efectos de hacer aplicables las exigencias establecidas en el inciso 2º del artículo 154 de la Ley General de Bancos. Para cumplir con esta obligación la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, mediante la Circular Nº 2.248 de 27 de abril de 1987, estableció las normas que regulan las operaciones de las firmas especializadas, como también la inscripción en el registro especial que llevará la Superintendencia. La finalidad de las evaluaciones realizadas por estas firmas a las empresas bancarias es lograr una mayor eficacia y claridad en diversas operaciones que éstas realizan, permitiendo obtener a los inversionistas u otras personas que operan con los bancos una mayor transparencia de dichas operaciones con lo que consecuentemente se facilita la toma de decisiones orientadas a conseguir una mayor protección en los negocios a realizar.

Llama la atención el hecho que la norma textual del artículo 154 de la Ley General de Bancos indica: "... con el objeto de evaluar la situación del banco, éste podrá dar acceso al conocimiento detallado de estas operaciones y sus antecedentes a firmas especializadas...". Se dice podrá dar acceso, lo que atribuye una facultad al banco, no una obligación. Por tanto, siguiendo la lógica se puede pensar que el banco podría negar el acceso. Pero la misma Superintendencia señala en la recientemente indicada Circular (en forma de consejo) que las instituciones crediticias sean examinadas a lo menos una vez al año por estas firmas especializadas, que deben cumplir los requisitos indicados antes.

Debe destacarse que el que estas firmas privadas que estudian y califican a las instituciones bancarias están sometidas a la obligación de reserva, lo que está dispuesto en inciso 3º del artículo 14 de la Ley General de Bancos actualmente.

Ante la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras también el secreto bancario cede, atribución que establece en su favor en el inciso 3º del artículo 12 de la Ley General de Bancos. Pero la misma ley en su artículo 7 cubre la debilidad creada al instituto en estudio al prohibir a cualquier persona que a cualquier título preste servicios en la Superintendencia revele o de noticia acerca de cualquier hecho, negocio o situación de que hubiere tomado conocimiento en el desempeño de su cargo. Además, si se infringiere esta norma se disponen sanciones penales, que se encuentran indicadas en los artículos 246 y 247 del



Código Penal chileno, artículos que se refieren al delito de violación de secretos que puede cometer un funcionario público.

Otra de las atribuciones de la dicha Superintendencia es, de acuerdo al inciso 3º del artículo 154 de la Ley General de Bancos, calificar la existencia de un interés público o general comprometido, para que los bancos puedan dar a conocer operaciones sujetas a secreto y reserva bancaria, pero en términos globales, no personalizados ni parcializados. Como comenté en la primera parte de este trabajo un riguroso constitucionalista, Guillermo Bruna, consideró que la calificación de la Superintendencia es ilegal, ya que vulnera la calidad de los documentos privados protegidos por nuestra Constitución, dentro de los que nuestra jurisprudencia considera a los documentos bancarios, estableciendo en la misma carta fundamental que ellos sólo podrán ser registrados en los casos y formas prescritos por la ley. Considero que en rigor el jurista tiene razón, pero es poco práctico el utilizar a un instrumento como la ley para regular una circunstancia tan concreta y técnica como el interés público o general comprometido que pueda haber ante un hecho económico financiero relevante.

Además, el hecho que los datos no sean personalizados ni parcializados es una demostración fehaciente del interés del legislador en mantener con la máxima confidencialidad las operaciones o negocios bancarios.

Estrechamente relacionado con el artículo 154, de la Ley General de Bancos, se encuentra el artículo 14 de la misma ley que señala que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras deberá proporcionar información sobre las entidades que fiscaliza al Ministerio de Hacienda y al Banco Central de Chile. Al señalar en el mismo artículo que la información que se entregue a estos organismos es sin perjuicio de las normas sobre secreto bancario en el artículo 154 de la misma ley, por tanto debiera mediante interpretación lógica no ser información relativa a operaciones cubierta por el secreto o reserva bancaria, a lo menos no en términos personalizados o parcializados. Además, en el artículo 14 de la Ley general de Bancos se indica que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras deberá dar a conocer al público, con un mínimo de tres veces al año, la información que diga relación sobre las colocaciones, inversiones y demás activos de las instituciones que fiscaliza, y deberá clasificarlas y evaluarlas según el grado de recuperabilidad y dicho informe comprenderá a todas las entidades bancarias. La misma Superintendencia podrá mediante instrucciones de carácter general,



imponer a dichos institutos el deber de entregar antecedentes permanentes o también ocasionales sobre dichas materias.

También, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras deberá establecer que los bancos mantengan una nómina disponible al público que contenga información relativa a los deudores de cada uno de ellos que adeuden un 5% o más del capital pagado y reservas de las instituciones financieras que hayan facilitado el préstamo, lo que en cierta forma vulnera el secreto bancario, pero obedece a un interés mayor de protección a la actividad bancaria.

Es por esto, que la norma establecida en el artículo 14 de la Ley General de Bancos, ha dado base para sostener que en Chile existen las centrales de riesgo. Debe tomarse en cuenta que el legislador ha otorgado la máxima seguridad a la esfera económico patrimonial de las personas manteniendo un equilibrio y dando protección al sistema bancario, especialmente en lo que dice relación sobre el riesgo financiero y el nivel de cumplimiento de las obligaciones por parte de los clientes.

Es importante hacer mención sobre las llamadas centrales de riesgo recién enunciadas. En el derecho comparado son de gran utilidad, pero en nuestro sistema bancario y financiero aún no se han asentado con tanta fuerza. Las centrales de riesgo tienen por finalidad reunir o acaparar información sobre la seguridad de los créditos, "centralizando los datos sobre los deudores del sistema bancario nacional, su grado de endeudamiento y el cumplimiento observado". Así, los bancos pueden obtener antecedentes, reunir información y conocer el riesgo que corren en cada negocio u operación de crédito que realizan. Y lo más importante es el poder contar con los datos sobre el nivel de endeudamiento del cliente. Por esto se constituyen en verdaderas bases de datos de carácter financiero y pueden ser de naturaleza específica, es decir, se remiten a determinados asuntos o a un rubro económico determinado, pero pudiendo ser también integradas. Estas permiten obtener una información general sobre los clientes, referida especialmente a la exposición de su patrimonio, garantías u otras situaciones de igual naturaleza.

2. Sobre las sanciones impuestas a la violación del secreto bancario chileno y suizo.

Recordemos que en el artículo 47 del acta Bancaria suiza, ya expuesto, imponía penas de prisión, de hasta seis meses, y multas, de hasta 50.000 francos,



a cualquiera que, dentro de los cargos señalados en su inciso 1º, revelara el secreto que le fue confiado o del que tomó conocimiento en el desempeño de su cargo, en síntesis.

Pero si esto era resultado de negligencia sólo se le sancionaría con una multa que no excedería los 30.000 francos.

Es relevante mencionar y exponer, para realizar una comparación más precisa, que el Código Penal suizo tipifica delito y sanciona a los responsables de violación de secreto bancario.

Entonces, dicho lo anterior, los artículos del Código Penal suizo que regulan también el secreto bancario son los dos siguientes:

i. Artículo 162, que considera la acción punitiva contra la revelación de secretos comerciales o información de negocios confidencial.

ii. Artículo 320 que trata de la confidencialidad ocupacional.

A continuación el contenido oficial de ambos artículos en inglés :

Article 162 of the Swiss criminal code.

"Any person who has divulged a trade secret or confidential business information that was meant to be kept by virtue of legal or contractual obligation, any person who has used this information to his or her benefit or to that of a third party, will be, on prosecution, punished by imprisonment or by fine."

Article 320 of the Swiss criminal code.

"1. Any person who has divulged a secret entrusted to him or her as a representative of authority or a civil servant, or who has acquired knowledge by means of his or her practice or employment, will be punished by imprisonment or by fine. The disclosure remains punishable even when the practice or employment has terminated.

2. The disclosure will not be punishable if it was made with the written consent of a superior authority."

Los que traduzco ahora:

Artículo 162 del Código Penal suizo.

"Cualquier persona que haya divulgado un secreto de profesión o información de negocios confidencial que debiera haber sido resguardada en virtud de la ley o obligación contractual, cualquier persona que haya usado esta información para su beneficio o el de alguna tercera parte, será, en un juicio, penado con prisión o multa".

Artículo 320 del Código Penal suizo.



"Cualquier persona que haya divulgado un secreto que se le haya confiado como representante de autoridad o funcionario público civil, o quien haya adquirido conocimiento por medio de su práctica o empleo, será penado con prisión o multa. La divulgación permanece sancionable aún cuando la práctica o empleo hayan terminado.

La divulgación no será sancionable si fue hecha con el consentimiento de una autoridad superior".

También es importante señalar que el Código Penal suizo cubre a la vez al espionaje económico. Así, el artículo 273 del Código Penal suizo amenaza con sentencia de prisión a los espías extranjeros que traten de obtener información sobre clientes de bancos suizos.

Incluso si el cliente autoriza al banco a dar información a un gobierno extranjero, por ley el banco no puede divulgar alguna. El propósito de esta disposición es coartar cualquier presión o chantaje que autoridades extranjeras pudieran ejercer sobre un cliente de un banco suizo para que de esa manera aquel que pida al banco la revelación de la existencia de una cuenta bancaria en Suiza no tenga certeza alguna (considérese, por ejemplo, al régimen Nazi que utilizó tales prácticas sobre clientes judíos de bancos suizos).

El artículo 271, del mismo cuerpo legal, está dirigido contra las autoridades administrativas extranjeras (policía, autoridades de impuestos y aduanas, etcétera) que conduzcan investigaciones en territorio suizo. De tal manera se previenen operaciones de secuestro como aquellas llevadas a cabo por el régimen Nazi, como por ejemplo en caso de Jacob Berthold expuesto en la primera parte de este trabajo.

A continuación el contenido oficial de dichos artículos en inglés:

Article 271 of the Swiss criminal code.

"1. Any person who, without authorization, has conducted on Swiss territory for a foreign State acts that are a matter for public authorities, any person who has conducted such acts for a foreign party or another foreign organization, anyone who has furthered such acts, will be punished by imprisonment and, in serious cases, by reclusion.

2. Any person who, by means of violence, contrivance or threat, has taken a person abroad to hand him or her over to a government authority, a party or another foreign organization, or to place his or her life or soundness of body in danger, will be punished by reclusion.



3. Anyone who has prepared such an abduction will be punished by reclusion or imprisonment.”

Article 273 of the Swiss criminal code.

“Any person who has sought to discover a trade or business secret in order to make it accessible to an official or private foreign body, or to a private foreign company, or to their agents, any person who has made a trade or business secret accessible to an official or private foreign body, or to a private foreign company, or to their agents, will be punished by imprisonment or, in serious cases, by reclusion. The judge may also issue a fine.”

Cuya traducción hago ahora:

Artículo 271 del Código Penal suizo.

"1. Cualquier persona que, sin autorización, haya conducido en territorio suizo actos por encargo de un Estado extranjero que sea materia de autoridades públicas, cualquier persona que haya conducido tales actos por orden de un partido político extranjero o otra organización extranjera, cualquiera que haya perpetrado tales actos, será penado con aprisionamiento y, en casos serios, con reclusión.

2. Cualquier persona que por medio de violencia, artificio o amenaza, haya llevado a alguien fuera del país para entregarlo a una autoridad de gobierno, un partido político u otra organización extranjera, o haya puesto su vida o integridad física en peligro, será penado con reclusión.

3. Cualquier persona que haya preparado tal secuestro será penada con reclusión o aprisionamiento.”

Artículo 273 del Código Penal suizo.

"Cualquier persona que haya indagado para descubrir un secreto de profesión o negocio para hacerlo accesible a una corporación extranjera privada o pública, o a una compañía extranjera privada, o a sus agentes, cualquier persona que haya hecho accesible un secreto de profesión o negocio para hacerlo accesible a una corporación extranjera privada o pública, o a una compañía extranjera privada, o a sus agentes, será penada con aprisionamiento o, en casos serios, con reclusión. El juez puede también imponer una multa".

Habiendo expuesto todo lo anterior, indicaré ahora lo dispuesto en el artículo 154, inciso 1º, de la Ley General de Bancos de Chile relativo a la pena impuesta por violar el secreto bancario. Reza así:

"... El que infringiere la norma anterior será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio".



Entonces, a los infractores se les puede privar de libertad de 61 días a 3 años.

Se aprecia que la pena impuesta es bastante relevante, en comparación al máximo de seis meses que establece el inciso 1º del artículo 47 del Acta Bancaria suiza, pero el tipo penal es demasiado vago, poco preciso. En cambio, la ley Suiza se pone en todos los casos posibles.

Entonces, a mi juicio, el cliente tiene un poquísimo margen de maniobra ante una eventual infracción de secreto bancario que lo haya dañado patrimonialmente, y por qué no moralmente, si como dije antes en nuestro país el fundamento del secreto bancario es la intimidad de las personas. Además, es vox populi en Chile que si hay una violación de secreto bancario en algún banco este hará todo lo posible por arreglar el asunto extrajudicialmente debido a la mala imagen publicitaria y costo de credibilidad que sufriría de ventilarse estos asuntos en Tribunales de Justicia. Es por eso que el encontrar uno de estos casos, en que alguien haya sido procesado o condenado por este delito, es algo en demasía excepcional.

Además, como en Chile son tantas las instituciones que tienen acceso a la información protegida por el secreto bancario el riesgo de filtración se incrementa en exceso. Para que hablar de lo difícil que será probar dónde ocurrió la filtración.

Entonces, ante la alternativa de un costoso juicio, que probablemente se prolongue en el tiempo, contra un banco que puede pagar a los mejores estudios jurídicos de un país, que quizás causó un gran perjuicio y que tratará de proteger su imagen a toda costa, y por otro lado un arreglo extrajudicial que tal vez no satisfaga totalmente la reparación que correspondería al cliente, pero que significa una mejora urgentísima atendida su situación patrimonial, es claro que el cliente se encuentra en desventaja en todas las posibles situaciones.

Por otro lado, están las penas impuestas a todo aquel que preste servicios a cualquier título en la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y que haya revelado cualquier detalle de los informes que haya emitido, o dado a conocer a personas extrañas a ella noticia alguna acerca de cualesquiera hechos, negocios o situaciones de que hubiere tomado conocimiento en el desempeño de su cargo. Las penas son las prescritas en los artículos 246 y 247 del Código Penal, que consisten en reclusión y multas.

También se sanciona con reclusión a las personas que obtengan la información recaudada por la Superintendencia, para la realización de evaluaciones



habituales por parte de firmas auditoras especializadas, y la revelen a terceros.

3. Algunas consideraciones sobre el secreto bancario y la evasión de impuestos en Chile y Suiza.

El secreto bancario suizo no se levanta por evasión de impuestos, incluso en el caso de requerimiento de un gobierno extranjero.

La falla en reportar o subestimar ingresos o bienes en una declaración de impuestos no es considerada un delito en Suiza.

Los suizos son únicos en eso. Ellos atañen una mayor importancia al respeto de la vida privada que a la contribución de impuestos. Los bancos no tienen el derecho a otorgar información alguna relativa a los clientes a las autoridades tributarias suizas, por tanto, menos derecho tienen a hacerlo a autoridades tributarias extranjeras.

Como Suiza no considera a la evasión de impuestos un crimen, tampoco cumple con cualquier tipo de requerimientos de cooperación judicial (también conocidos como asistencia judicial mutua) hechos desde otros Estados.

Se debe hacer una clara distinción entre evasión y fraude tributario. El fraude tributario (documentos falsificados, práctica sagaz) es considerado delito en Suiza, al igual que en Chile. En este caso, el secreto bancario puede ser levantado por un juez con jurisdicción y una asistencia judicial mutua con tribunales extranjeros es viable.

En Chile, la evasión de impuestos es una falta y está tipificada en el artículo 97 N° 2 del Código Tributario. Acá la administración tributaria se encuentra en una situación de privilegio, en cuanto está dotada de facultades expresas para exigir a todos los contribuyentes que le proporcionen, datos o antecedentes de cualquier naturaleza relacionados con terceras personas, así lo establece el artículo 60 inciso 8° del Código Tributario. En este sentido se pronunció la Ilustrísima Corte de Apelaciones, con fecha 7 de noviembre de 1996, al fallar el recurso de protección interpuesto por bancos e instituciones financieras, en contra de la resolución del Servicio de Impuestos Internos que regula y reglamenta la forma de cumplir con la obligación de informar establecida en el artículo 101 inciso 3° de la Ley de la Renta.

La Ley de la Renta en su artículo 101, impone a los bancos la obligación de informar al Servicio de Impuestos Internos, antes del 15 de marzo de cada año,



respecto de los intereses u otras rentas que paguen o abonen a sus clientes, durante el año inmediatamente anterior a aquél en que deban presentar el informe, por operaciones de captación de cualquier naturaleza que éstos mantengan en dichas instituciones. Esta obligación fue establecida por la Ley N° 19.398, de 1995.

Por otra parte, el Código Tributario faculta al Director del Servicio de Impuestos Internos, en su artículo 62, inciso segundo, para disponer el examen de las cuentas corrientes solamente cuando la institución se encuentra investigando delitos tributarios, de modo que dicha medida de fiscalización no puede ser usada en una auditoría en la que no haya de por medio una infracción sancionada con una pena privativa de la libertad.

Sin embargo, fuerza es reconocer que muchas de las actividades que la administración tributaria debe fiscalizar se amparan en el secreto o la reserva bancaria, lo que impide su detección o dificulta su control, pudiendo producirse elusión o evasión de la tributación fiscal interna. Estas informaciones están en poder de los bancos y se refieren, entre otras operaciones, a créditos, garantías, pre-pagos, tarjetas de crédito y operaciones back to back. Por ejemplo, es habitual que los contribuyentes justifiquen sus inversiones con endeudamiento bancario, pero la operación de pago de la deuda, en cuanto implica disposición de nuevos recursos que han debido tributar en su oportunidad, queda oculta al escrutinio del Servicio.

En consecuencia, resulta evidente que al abrigo del marco legal que se analiza subyace un importante universo de operaciones que los contribuyentes realizan a través de los bancos susceptibles de ser gravadas con impuestos y que se marginan del examen de la administración tributaria, bajo el alero del sigilo bancario. También es efectivo que este hecho introduce un sesgo perverso de iniquidad al sistema tributario, que es contrario y pugna con el precepto constitucional establecido en el artículo 19, N° 20, de la Carta Fundamental, que asegura a todas las personas "La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley...".

Estas consideraciones mueven, entonces, a pensar en la necesidad y conveniencia de modificar por la vía legal esta situación, de forma tal que el Servicio de Impuestos Internos tenga acceso directo e inmediato a las operaciones bancarias sujetas a sigilo, para controlar el cumplimiento de la tributación fiscal interna, conforme su competencia funcional, sin perjuicio de establecer, por la



misma vía, la obligación del ente fiscalizador de mantener el secreto o reserva de estas informaciones y de usarlas sólo para fines tributarios.

Las normativas del proyecto de ley para combatir la evasión tributaria que incide en esta materia en Chile: Se incluyen dos incisos nuevos en el artículo 85 del Código Tributario. En virtud del primero, los bancos e instituciones financieras deberán proporcionar al Servicio de Impuestos Internos, para los fines de la fiscalización de los impuestos, todos los datos y antecedentes que se les soliciten relativos a las operaciones de crédito de dinero que hayan celebrado y de las garantías constituidas para su otorgamiento, en la oportunidad, forma y cantidad que el Servicio establezca.

Este mismo inciso deja a salvo el secreto profesional, la cuenta corriente bancaria, las operaciones a las que la ley dé carácter confidencial, la potestad de la Justicia Ordinaria para ordenar el examen de las cuentas corrientes en procesos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributarias, y la facultad del Director del Servicio para disponer dicho examen, por resolución fundada, en caso de investigaciones administrativas por delitos tributarios.

En el segundo inciso que se agrega se impone expresamente al Servicio la obligación de mantener en secreto la información así obtenida y de no revelarla, aparte del contribuyente, más que a las personas o autoridades encargadas de la liquidación o de la recaudación de los impuestos respectivos y de resolver las reclamaciones y recursos relativos a las mismas, salvo las excepciones legales.

Juan Pedro Santa María, frente a la modificación legal del artículo 101 de la Ley de la Renta, mediante la Ley Nº 19.398 de 4 de agosto de 1995, que introdujo el deber de los bancos de informar sobre los intereses abonados o pagados a sus clientes, efectúa una serie de afirmaciones que dicen relación con los efectos de esta norma. Conociendo los intereses ganados en un período determinado, el Servicio de Impuestos Internos se enterará de todos los capitales depositados por las personas en los bancos. Agrega que ha existido una buena razón para ello, que es evitar la evasión tributaria, pero se pregunta si iremos en la dirección correcta para transformarnos en un centro financiero internacional. Señala que el secreto bancario no es gratis, que valorarlo y protegerlo implica en alguna medida limitar la protección de otros valores que son también respetables. Este autor expresa: Las normas constitucionales y legales establecen y protegen el secreto bancario, constituyendo un sistema completo y coherente. Es un error afectar esta estructura jurídica por razones de otra índole, como es la eficiencia en la fiscalización



tributaria. Por último, cabe recordar que el secreto bancario si bien interesa a la banca, está en beneficio no de las instituciones, sino que de cada una de las personas que participan en el sistema bancario.

Fuera de lo anterior, y volviendo a Suiza, es importante realizar la distinción entre evasión tributaria y fraude tributario, debido a que esto tiene consecuencias directas en términos de cooperación judicial internacional, teniendo presente que Suiza sólo otorga asistencia judicial mutua para asuntos de índole criminal cuando la legislación extranjera sanciona a una ofensa o delito que también es considerada de igual forma en Suiza, aplicando el principio de reciprocidad. Este es el caso del fraude tributario. Entonces, el secreto bancario se levanta y la investigación puede ser llevada totalmente a cabo. Sin embargo, la ley suiza no autoriza la extradición por propósitos tributarios.

Por otro lado, en Suiza, la evasión de impuestos constituye una falta administrativa que no tiene repercusiones penales. El rehusamiento de Suiza a otorgar asistencia judicial mutua en casos de evasión tributaria es el resultado de las particularidades del sistema legal suizo. En concordancia con el principio de no discriminación, los extranjeros nacionalizados suizos reciben el mismo trato que los nacionales nacidos en Suiza y se benefician de esta distinción entre evasión y fraude establecida por la ley suiza.

4. El secreto bancario y el lavado de dinero en Chile y Suiza.

4. 1. En Suiza.

El centro de finanzas suizo es uno de los más grandes del mundo. Es en algunas ocasiones acusado de refugiar dinero sucio debido a su secreto bancario, aunque estas acusaciones son fundadas en meras generalizaciones.

El lavado de dinero es el proceso mediante el que el origen de fondos generados por medios ilegales es encubierto (tráfico de armas, tráfico de drogas, etcétera).

La lucha contra el lavado de dinero es una prioridad en Suiza. Las autoridades suizas han estado envueltas activamente en la pelea contra el lavado de dinero por una buena cantidad de años ya, con el apoyo total de los bancos suizos. En realidad, no es de ninguna forma el interés de los bancos suizos aceptar fondos criminales; ellos no necesitan tomar este tipo de riesgos para generar más



ganancias.

Suiza ha implementado pasos preventivos y represivos contra el lavado de dinero a través de herramientas modernas y comprensivas que activan efectivos procedimientos a nivel interno del banco y a un nivel internacional.

Si el banco tiene la más ligera sospecha acerca de una transacción, se encuentra bajo la obligación de informar a la Oficina de Federal de Reportes para Lavado de Dinero sin demora.

Un juez suizo puede ordenar el alzamiento del secreto bancario en cualquier momento y confiscar los fondos ilegales si hay prueba de que la cuenta bancaria es para asuntos criminales de acuerdo a la ley suiza.

Como se dijo antes, el lavado de dinero es un proceso mediante el que el origen de fondos generados ilegalmente es encubierto. El objetivo de la operación, que usualmente toma lugar en varias fases, consiste en hacer el capital y bienes que fueron ilegalmente obtenidos parecer como si hubieran sido derivados de fuentes legítimas, para luego insertarlos y hacerlos circular en una economía. El lavado de dinero no es del todo un fenómeno nuevo; es tan viejo como el crimen mismo. Los criminales siempre se han esforzado en encubrir el origen de los fondos que ilegalmente han ganado para así borrar cualquier trazo de sus fechorías. Sin embargo, las formas y dimensiones de este tipo de delito han evolucionado en años recientes. Desde los setentas, la creciente escala del mercado de drogas y la globalización del crimen organizado han conducido a un aumento colectivo de alerta con relación al problema de lavado de dinero.

Debido a su estabilidad, la calidad de los servicios y su secreto bancario, el centro de finanzas de Suiza, al igual que otros mercados financieros de otros lugares, fueron usados por criminales que deseaban resguardar el dinero generado por sus actividades ilegales.

Los bancos no fueron el único peón utilizado para encubrir el origen criminal de bienes de capital. Como todas las transacciones pueden ser reconstituidas y el juez criminal puede conducir su investigación hacia ellas, éstas no son particularmente adecuadas para el lavado de dinero. Esa es la razón por la que los lavadores de dinero tienden a operar a través de compañías ficticias, casinos, restaurantes, tiendas de joyas, ventas de autos y agencias de arte, como también en operaciones de importación y exportación.

Desde inicios de los ochenta, las autoridades suizas y los bancos han reaccionado al peligro que representa el abuso del mercado financiero por



organizaciones del crimen organizado. Los instrumentos nacionales e internacionales que han sido desarrollados a través de los años han logrado modernizar las medidas de represión derivadas de la ley criminal común y han creado una nueva relación entre las autoridades y aquellos envueltos en el sector financiero. Actualmente ellos están comprometidos activamente, aunando fuerzas en la lucha contra el lavado de dinero.

4. 1. 1. Procedimiento suizo contra el lavado de dinero.

Un magistrado examinador suizo tiene el derecho a conducir una búsqueda dentro de un banco en el contexto de un caso criminal. La búsqueda debe estar justificada por evidencia fundada precisa y objetivamente y, asimismo debe ser conducida con precisión.

Si el fiscal público teme que la investigación pudiera llevar a un sospechoso a retirar sus fondos, el magistrado examinador puede conducir una búsqueda sorpresiva o ordenar al banco el congelamiento de las cuentas del sospechoso. Solamente los magistrados suizos y, en el caso de una investigación administrativa, ciertos funcionarios federales públicos pueden interrogar a un banquero.

Durante la interrogación, al banquero se le pregunta si la persona en cuestión, acusada o no, tiene una cuenta bancaria, una caja de seguridad u otro valor en el establecimiento. En la práctica, los jueces envían una circular a todos los bancos del país preguntándoles si tal persona tiene una cuenta en ellos. Una vez que la cuenta es localizada el juez puede ordenar su congelamiento por orden de corte criminal.

4. 1. 2. Medidas utilizadas por Suiza en la lucha contra el lavado de dinero.

4. 1. 2. 1. Medidas preventivas.

Suiza tiene una de las más estrictas normas legales en Europa como resultado de la lucha contra el lavado de dinero.

El Código Penal suizo castiga cualquier ofensa cometida dentro del contexto del crimen organizado. En el transcurso de los procedimientos legales, un juez suizo puede ordenar a un banco el alzamiento del secreto bancario para así obtener



información sobre ciertas cuentas, por lo que el secreto bancario no es un obstáculo en la lucha contra el crimen organizado.

Para pelear contra el abuso que se hace del mercado financiero por el lavado de dinero de fondos criminales, el Código Penal suizo ha sido revisado y mejorado en varias ocasiones. El 1º de agosto de 1990, los artículos 305a y 305b del Código Penal entraron en vigencia.

El artículo 305a contiene la acción punitiva contra el lavado de dinero, que es definido como cualquier acto de obstaculización en la identificación, búsqueda o confiscación de bienes de capital de origen criminal. El lavado de dinero es penado, sin considerar donde la mayor ofensa tomó lugar.

El artículo 305b castiga la falta de vigilancia en las transacciones financieras, particularmente la falla en verificar al propietario beneficiado. Los intermediarios profesionales de finanzas están limitados por lo que se conoce como el principio de "conocer a tu cliente", y se les requiere identificar sin error al verdadero propietario de los fondos, a quien se conoce como el "propietario beneficiado". La negligencia en la identificación de la contraparte contratante o establecer al propietario beneficiado está penada.

El artículo 305b fue substanciado por un segundo inciso que comenzó a regir el 1º de agosto de 1994 y garantizó a los banqueros y operadores financieros el derecho a transmitir a las autoridades cualquier información de apoyo o evidencia sobre bienes de los cuales se sospeche un origen criminal. En el ejercicio de este derecho, el banquero no enfrenta los riesgos de las consecuencias de haber violado su deber de confidencia, al menos en lo referido al aspecto penal. La nueva Acta de Lavado de Dinero de 1998 transformó este derecho de comunicación en una obligación.

A la vez, el legislador suizo mejoró estas disposiciones al adoptar una serie de artículos que llevan a la represión del crimen organizado.

El artículo 206b del Código Penal suizo somete a sanción a cualquier persona que haya participado en una organización que mantenga su estructura y sus colaboradores en secreto y que busque la realización de actos criminales de violencia o para obtener rentas por medios ilegales. Lo que es más, el artículo 58 a 60 del Código Penal suizo refuerzan las medidas relativas a la confiscación de bienes de origen ilegal.

4. 1. 2. 2. Vigilancia bancaria y autorregulación de los bancos



suizos.

El sistema bancario en Suiza asegura una gran parte de su regulación. La Asociación de Banqueros Suizos y la Comisión Federal Bancaria han dictado reglas que deben ser seguidas por todo el sistema bancario.

4. 1. 2. 2. 1. Código de debida diligencia.

Los bancos también están sujetos a reglas de autorregulación emitidas por la Asociación de Banqueros Suizos (SBA). Notablemente por el "Acuerdo sobre el código de conducta de los bancos suizos con relación al ejercicio de la debida diligencia cuando se acepten depósitos y alzamiento del secreto bancario" de 1º de julio de 1977.

Este acuerdo concierne primeramente asuntos de ética, con una visión que asegura la administración de la actividad bancaria que va más allá de reproche. También establece la designación de una Junta Supervisora a cargo de frenar las violaciones al acuerdo. Este acuerdo liga a la Asociación de Banqueros Suizos y a los bancos firmantes.

Este acuerdo establece particularmente el deber de identificar a la contraparte contratante o al propietario beneficiado, en caso que ellos no fueren la misma persona, y prohíbe a cualquiera ayudar activamente en salidas de capital y en maniobras dirigidas a defraudar a las autoridades suizas o extranjeras (tributarias, de aduana, legales, etcétera).

El acatamiento del Código de Conducta esta garantizado por firmas de auditoría bancarias, que notifican a la Comisión Federal Bancaria (FBC) y a la Junta Supervisora de cualquier ofensa que haya sido reportada o que sea legítimamente sospechosa. La Junta Supervisora puede establecer una penalidad financiera de hasta 10 millones de francos suizos. A través de los años, el Código de Conducta sobre debida diligencia ha llegado a ser un instrumento de vigilancia sumamente efectivo. La Comisión Federal Bancaria considera que la observancia de este código de conducta es el mínimo standard para cumplir a cabalidad la condición de garantía de una irreprochable actividad.

El Acta Bancaria de 1934 ha instituido una autoridad supervisora independiente llamada Comisión Federal Bancaria (FBC). Bajo requerimiento, ella otorga la autorización para ejercer la actividad bancaria una vez cumplidas todas



las condiciones para hacerlo. Una de estas condiciones es garantizar que la actividad bancaria a realizar este más allá del reproche. En cualquier ocasión la Comisión Federal Bancaria puede chequear si un banco aún cumple las condiciones y, si no es el caso, le puede retirar la autorización para funcionar.

4. 1. 3. Política suiza sobre el lavado de dinero.

La Comisión Federal Bancaria ha desarrollado una política reguladora de los deberes de los bancos y corredores de títulos de crédito cuando aceptan bienes de capital. En particular, ella estableció la "Política sobre la prevención y lucha contra el lavado de dinero". Esta política provee elementos para interpretar normas del Código Penal suizo; concretamente expresa el standard que los bancos y negociadores de títulos de créditos deben respetar con relación a la garantía de irreprochable actividad tal como se encuentra definida en el Acta Bancaria suiza.

Los requerimientos organizacionales obligan a los bancos y negociadores de títulos de crédito a establecer una política interna, a entrenar personal y a implementar unidades especiales anti-lavado de dineros. En todo ello se debe hacer referencia al Código de Conducta de los banqueros para verificar la identidad de la contraparte contratante o el propietario beneficiado.

En el evento de una transacción inusual, de alto monto, o si hay señales que apunten a posible lavado de dinero, se deben hacer investigaciones adicionales. Una lista de indicaciones de lavado de dinero ayuda a crear alerta en los empleados sobre el tema. Se debe tener especial cuidado con fondos que se sabe o presume vienen de la corrupción o el abuso de la propiedad pública, particularmente los fondos de personas que ejercen deberes oficiales importantes en el extranjero o en firmas con las que tengan estrechos lazos. Entrar en relaciones de negocios con tales personas debe ser el resultado de una decisión hecha por la administración.

4. 1. 4. Regulación del sector financiero suizo.

Hasta ahora, solamente los bancos estaban sujetos al Código de Conducta sobre debida diligencia y la política anti-lavado de dinero. El "Acta Federal sobre la prevención de lavado de dinero en el sector financiero" (MLA), comenzó a regir el 1º de abril de 1998 y aplica los mismos principios al sector financiero completo.

Esta acta sirve como suplemento a las disposiciones del Código Penal. Se



aplica igualmente a todos los intermediarios financieros, por ejemplo cualquier persona, que dentro del ámbito profesional, acepta, mantiene depósitos o ayuda a invertir o transferir bienes pertenecientes a una tercera parte.

El acta impone sobre los intermediarios financieros nuevos deberes organizacionales (entrenar personal, controles internos) y deberes de curso de acción (verificar la identidad de la contraparte contratante, verificar al propietario beneficiado, incluso la clarificación del respaldo económico de una transacción que muestre señales de lavado, reteniendo documentos que sustenten las verificaciones realizadas).

En concordancia con esta ley, todos los intermediarios financieros, incluidos los bancos, están obligados desde ya a informar a la Oficina Federal de Reportes de Lavado de Dinero cuando, en una relación de negocios, ellos saben o presumen, sobre bases de evidencia fundada, que el lavado de dinero está tomando lugar.

4. 1. 5. Cooperación judicial internacional de Suiza.

Suiza ha ratificado varios acuerdos internacionales, bilaterales y multilaterales, a través de los cuales se compromete a proveer de cooperación judicial -también conocidos como de mutua asistencia- en materia penal. El acuerdo más significativo era la "Convención Europea de Mutua Asistencia en Materia Criminal" del 20 de abril de 1957. De acuerdo con el "Acta Federal sobre Asistencia Mutua Internacional en Materia Criminal" de 1983, Suiza otorga cooperación judicial internacional en materia criminal. En tales procedimientos, los bienes de capital pueden ser congelados y, si es necesario, entregados a autoridades extranjeras. La cooperación judicial sólo se lleva a cabo cuando el crimen bajo prosecución es también sancionable en Suiza y la autoridad extranjera garantiza que no usará la información emitida desde Suiza para cualquier otro propósito que la investigación.

4. 2. En Chile

En Chile no existe una ley u otra norma que se dedique a regular exclusivamente el lavado de dinero, sino que se ha incorporado a esta figura delictual dentro de la Ley Nº 19.366, que regula el tráfico de estupefacientes y otras sustancias sicotrópicas.



Esta ley en su artículo 12 define el lavado de dinero en los siguientes términos:

“El que, a sabiendas que determinados bienes, valores, dineros, utilidad, provecho o beneficio se han obtenido o provienen de la perpetración, en Chile o en el extranjero, de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en esta ley, participe o colabore en su uso, aprovechamiento o destino, será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales.

Se entiende por uso, aprovechamiento o destino de los bienes aludidos precedentemente todo acto, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que importe o haya importado tenencia, posesión o dominio de los mismos, sea de manera directa o indirecta, originaria, simulada, oculta o encubierta.”

4. 2. 1. Procedimiento chileno contra el lavado de dinero.

De acuerdo al artículo 16 de la Ley N° 19.366, el Consejo de Defensa del Estado podrá requerir directamente de las autoridades y funcionarios o empleados de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, el Banco Central, Ministerio de Hacienda o el Servicio de Impuestos Internos, entre otros, la cooperación, asistencia, apoyo, informes y antecedentes que estime necesarios para el cumplimiento de las funciones que le asigna esta ley.

Todos estos organismos que señalé de una u otra forma tienen acceso a información protegida por el secreto y reserva bancaria.

Además, el Consejo de Defensa del Estado podrá, previa autorización judicial, disponer la siguiente diligencia, entre otras: Requerir la entrega de antecedentes o copias de documentos sobre cuentas corrientes bancarias, depósitos u otras operaciones sujetas a secreto o reserva, de personas naturales o jurídicas, o de comunidades, que sean objeto de la investigación, debiendo los bancos, otras entidades y personas naturales que estén autorizadas o facultadas para operar en los mercados financieros, de valores y seguros y cambiario, proporcionarlos en el más breve plazo.

Corresponderá al Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, que el Presidente de dicha Corte designe por sorteo en el acto de hacerse el requerimiento, autorizar previamente la práctica de esta diligencia



El Ministro resolverá de inmediato, sin audiencia ni intervención de terceros. La resolución que rechace la práctica de las diligencias solicitadas será someramente fundada, y el Consejo de Defensa del Estado podrá apelar de ella.

La apelación será conocida en cuenta y sin más trámite por la Sala de Cuenta de la Corte de Apelaciones de Santiago, tan pronto se reciban los antecedentes.

El expediente se tramitará en forma secreta y será devuelto íntegramente al Consejo de Defensa del Estado, fallado que sea el recurso.

Las resoluciones antedichas se cumplirán desde que sean dictadas, sin necesidad de notificación alguna, háyase o no interpuesto recurso en su contra.

El afectado tendrá derecho a apelar dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que haya tomado conocimiento de ella.

Para llevar a efecto la actuación mencionada, el Consejo de Defensa del Estado podrá recurrir al auxilio de la fuerza pública, la que será concedida por el Jefe de Carabineros o de la Policía de Investigaciones más inmediato sin más trámite que la exhibición de la autorización judicial correspondiente.

La fuerza pública se entenderá facultada, en estos casos, para descerrajar y allanar si fuere necesario, por ejemplo a la institución financiera que no colaborase.

De acuerdo al artículo 17 de esta ley, la resistencia o negativa a entregar los informes, documentos y demás antecedentes a que se refiere el artículo 16 será sancionada con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.

El Consejo de Defensa del Estado deberá perseguir la responsabilidad penal o civil que pudiere emanar de alguna de las infracciones castigadas en el artículo 17, sin perjuicio de hacerse efectivas las sanciones disciplinarias y administrativas que correspondan de acuerdo con la ley, las que podrían afectar a un banco o institución financiera que no colaborase.

4. 2. 2. Cooperación judicial internacional de Chile.

En conformidad al artículo 20 de la Ley Nº 19.366, el Consejo de Defensa del Estado, a solicitud de la entidad de un país extranjero que expresamente haya sido designada en un convenio internacional para estos efectos, podrá proporcionar información sobre operaciones sujetas a secreto o reserva si ha sido solicitada con el fin de ser utilizada en la investigación de delitos de tráfico de sustancias o



drogas estupefacientes o sicotrópicas o de aprovechamiento de los beneficios o utilidades que de ellos provengan, y que pudieren haber tenido lugar fuera de Chile.

Para proceder de esta manera, deberá previamente cerciorarse razonablemente de que dicha información no será utilizada en fines diferentes, y deberá entregarla sólo a la entidad requirente.

La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras deberá entregar los antecedentes que en conformidad con este artículo le solicite el Consejo de Defensa del Estado.

Y según lo establecido en el artículo 30 de la misma ley, el juez del crimen que conozca de los delitos contemplados en esta ley podrá requerir y otorgar la más amplia cooperación destinada al éxito de las investigaciones de los respectivos procesos judiciales, de acuerdo con lo pactado en convenciones o tratados internacionales, estando facultado para dar copias de piezas o antecedentes específicos, aun cuando la causa esté en sumario y en su etapa secreta.

4. 2. 3. Alcance sobre el Banco Central de Chile y el lavado de dinero.

El Banco Central canaliza la entrada de dinero proveniente del exterior a través del Capítulo XIV del Compendio de Normas Internacionales.

Aquí nadie duda de la investigación que realiza el instituto emisor en el momento de dar la autorización para que estos dineros se inviertan en el país. El problema es que por ningún motivo puede entregar información sobre los inversionistas.

La propia ley se lo impide. De hecho, en varias ocasiones el Central no ha podido entregar información al Consejo de Defensa del Estado cuando éste se lo ha solicitado.

La razón es que la disposición vigente -desde 1989- lo obliga a guardar reserva de los antecedentes relativos a las operaciones que efectúe. Sólo puede conceder estos datos a la persona que haya sido parte de la operación, a su mandatario o representante legal.

No obstante, existe un avance para normar en esta materia. En el Congreso se encuentra un proyecto de ley presentado que faculta al Banco Central a entregar antecedentes sobre lavado de dinero.



Mientras, en el Comité de Inversiones Extranjeras, se controla a los capitales foráneos que ingresan al país vía el Decreto ley (DL) 600.

El DL 600 cuenta con un mecanismo que identifica el origen de los dineros extranjeros y, además, tiene la facultad de investigar en Chile o en el extranjero sobre la idoneidad de los peticionarios.

Todo esto no se relaciona directamente con la figura del secreto bancario, pero es un antecedente importante para visualizar la protección y privacidad que desde el inicio recibe una inversión, que posteriormente ingresará al mercado financiero a través de alguno de los bancos del país. Es este entonces un primer control, que da luz verde al resto de los intermediarios del sector financiero a aceptar sin peligro los valores que estas inversiones extranjeras implican.

4. 2. 4. Circular Nº 3.105 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile, de 29 de enero de 2001, sobre la prevención de lavado de activos.

En ella la referida Superintendencia advierte a las instituciones financieras, que por la naturaleza de sus funciones, pueden ser utilizadas para transferir y depositar fondos provenientes de actividades ilícitas.

De ahí nace la necesidad de advertir por el banco cuáles son transacciones legítimas y cuáles no. Recomienda entonces el exhaustivo conocimiento de los clientes y de las actividades que estos desarrollan, procurando el banco se interiorice de las razones de las operaciones bancarias efectuadas cuando ellas no fueren del giro del cliente, o que aún siéndolo parecieren desmedidas o sospechosas, atendido el monto, frecuencia, o sus destinatarios en el caso de transferencias de fondos.

Igualmente se recomienda la confección de un manual de procedimiento para detectar operaciones de lavado de dinero, estableciendo reglas que consideren el discreto manejo y recopilación de antecedentes que generen dudas sobre la legitimidad de las operaciones que se estima deben ser investigadas. Asimismo, recomienda a las instituciones financieras adoptar un código de conducta personal que establezca la forma en que debe relacionarse el personal bancario con los clientes, para evitar excesivas confianzas, aceptación de regalos y otro tipo de atenciones que no correspondan.



Se considera también la designación de un funcionario de confianza, de nivel gerencial, como Oficial de Cumplimiento, cuya misión será mantener una coordinación interna respecto de la vigilancia de las operaciones de los clientes, la observancia de las instrucciones del manual de procedimiento, el conocimiento de los casos sospechosos y su comunicación tanto a la Administración Superior de la Institución como a su Directorio, y eventualmente, si así lo estimare a las demás instituciones financieras. Todo ello sin perjuicio de las funciones de la auditoría interna de la empresa.

El Directorio del Banco deberá aprobar el manual que contenga las políticas y procedimientos conducentes a evitar el lavado de activos.

El Oficial de Cumplimiento mantendrá informado al Directorio sobre su gestión, apoyado por informes de auditoría interna que permitan al Directorio tener un adecuado conocimiento de la situación.

Obviamente, la información que se ventilará ante el Directorio estará protegida por el secreto o reserva bancaria. No infringe estas investigaciones el secreto bancario por ser a nivel interno del banco.

4. 2. 5. Próxima Unidad de Análisis e Inteligencia Financiera chilena y el secreto bancario.

El 9 de octubre de 2002 ingresó al Senado, mediante el Oficio Nº 3954, el proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis e Inteligencia Financiera (UAF) luego de ser aprobado por la Cámara de Diputados.

La iniciativa tiene como objetivo prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica, para la comisión de los delitos. Podrá, entre otras acciones, identificar operaciones sospechosas de lavado de dinero.

El texto establece penas de presidio de 5 años y un día a 15 años y multas de 200 a 1.000 unidades tributarias mensuales para quienes realicen transferencia o adquisición de bienes con dineros provenientes de la perpetración en Chile o en el extranjero de los delitos de tráfico de estupefacientes, terrorismo, tráfico de armas, trata de blancas, pornografía y prostitución infantil.

La UAF será un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Se relacionará con el Presidente de la República por medio del



Ministerio de Hacienda, y el jefe superior del servicio o director será nombrado por el Primer Mandatario y tendrá la calidad de funcionario de su exclusiva confianza.

Sus funciones y atribuciones, las que podrá desarrollar y ejercer en cualquier parte del territorio nacional consistirán en recibir, solicitar, verificar y archivar la información de los bancos e instituciones financieras, del Comité de Inversiones o casas de cambio sobre operaciones o transacciones sospechosas.

Dispondrá la inmediata remisión de los antecedentes al Ministerio Público, cuando aparezcan los indicios de comisión de los delitos identificados en esta ley; además podrá solicitar informes, documentos y cualquier otro antecedente a personas naturales y jurídica, las que estarán obligadas a responder en el término que se les fije.

En caso de que estos informes, documentos o antecedentes estén amparados por el secreto o reserva, corresponderá autorizarlos al ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, que designe por sorteo, el presidente de dicho tribunal.

El ministro deberá resolver en un plazo de 24 horas, sin audiencia, ni intervención de terceros. El rechazo a la petición debe ser fundado y la Unidad de Análisis Financiero podrá apelar a la Corte de Apelaciones de Santiago.

La instancia también podrá encomendar exámenes periciales a instituciones públicas o privadas; organizar, mantener y administrar archivos, pudiendo integrarlos, con el debido resguardo y protección, a las redes de información nacionales e internacionales para el adecuado cumplimiento de sus funciones.

También podrá acceder en forma directa y sin limitación, a las bases de datos de los organismos públicos e intercambiar información con sus similares del extranjero.

Sin embargo, no podrá ejercer competencias propias del Ministerio Público o de los Tribunales de Justicia. Su personal máximo será de 15 cargos y podrá integrarse con funcionarios en comisión de servicio de las siguientes instituciones: Banco Central de Chile; Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras; Servicio de Impuestos Internos; Consejo de Defensa del Estado, Servicio Nacional de Aduanas, Superintendencia de Valores y Seguros, Carabineros, Investigaciones y Comité de Inversiones Extranjeras.

Es de suma importancia que este proyecto vea la luz pronto. Es un adelanto importante en la lucha contra el lavado de dinero. El secreto bancario no se ve desprotegido en atención a que si el organismo requiere informaciones que estén



protegidas por este instituto deberá primeramente solicitar a un tribunal que autorice tal requerimiento. Por tanto la excepción está establecida en la ley, y además, debe ser respaldada y fundamentada ante un juez.

5. El secreto bancario y la quiebra en Suiza y Chile.

5. 1. En Suiza.

En cuanto a la quiebra, por otro lado, esta cae bajo la ley federal que permite, entre otras cosas, el reconocimiento y aplicación de normas extranjeras en Suiza. La cuenta bancaria puede ser entonces embargada sin dificultad alguna.

El procedimiento para embargar una cuenta bancaria suiza es el siguiente:

1. Si la quiebra fue declarada en Suiza.

Bajo la ley suiza, el procedimiento apropiado es el embargo, cuando la persona es natural, o la quiebra, cuando la persona es jurídica o legal. Para la acción legal vía embargo el deudor y su banco deben proveer al oficial receptor (office des poursuites) con la información necesaria.

2. Si la quiebra fue declarada en el extranjero.

El secreto bancario se alza también si el deudor no reside en Suiza. De acuerdo con la Ley Suiza de Privacidad Internacional, de 1987, el secreto bancario puede ser alzado por una quiebra declarada en el extranjero cuando los derechos del acreedor hayan sido debidamente establecidos.

El contenido oficial en inglés del Artículo 166 de la Ley Suiza de Privacidad Internacional es el siguiente:

"A foreign bankruptcy ruling in the state of residence of the debtor is recognized in Switzerland upon requisition by the bankruptcy trustee or the creditor ...".

Lo que a continuación traduzco:

"Una quiebra extranjera que rija en el estado de residencia del deudor es reconocida en Suiza por el requerimiento efectuado por el síndico de la quiebra o el acreedor ...".

El acreedor puede entonces hacer un requerimiento para secuestrar valores depositados en un banco suizo. Es una medida de protección que sólo puede ser pronunciada por un juez suizo en el lugar donde los valores están depositados. Para realizar esto la deuda debe estar establecida por un reconocimiento de deuda o una



resolución judicial, suiza o extranjera.

Por orden del juez, el banco puede congelar los valores y comunicar información sobre la cuenta. El banco está bajo la obligación de declarar toda propiedad mantenida en la cuenta del deudor en quiebra.

5. 2. En Chile.

Una vez que el deudor ha sido declarado en quiebra se produce el desasimio, que consiste en la privación del fallido del derecho a administrar y disponer de sus bienes, facultades que se entregan al síndico. El alcance del desasimio se remite al aspecto patrimonial del fallido, involucrando los bienes presentes, futuros o los que tenga en usufructo. Es el artículo 64 de la Ley Nº 18.175 sobre quiebras, de 28 de octubre de 1982, el que establece este efecto, al señalar en los incisos 1º, 2º y 3º:

“Pronunciada la declaración de quiebra, el fallido queda inhibido de la administración de todos sus bienes presentes, salvo aquellos que sean inembargables.

El desasimio no transfiere la propiedad de los bienes del fallido a sus acreedores, sino sólo la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos.

La administración de que es privado el fallido pasa de derecho al síndico, quien la ejercerá con arreglo a las disposiciones de esta ley ...”.

Así, en el párrafo de las atribuciones y deberes de los síndicos en el artículo 27, se le conceden varias facultades entre las que pueden destacarse con relación al secreto bancario la:

Nº 3. Exigir del fallido que le suministre la información que juzgue necesaria para el mejor desempeño de su cargo y le entregue sus libros, papeles y documentos.

Nº 5. Abrir la correspondencia del fallido con intervención del tribunal, y retener las cartas y documentos que tengan relación con los negocios de la quiebra.

A su vez, el artículo 52 contiene las menciones de la sentencia que declara la quiebra, entre las que se pueden destacar:

Nº 2. ... la orden de que el síndico se incaute de todos los bienes del fallido, sus libros y documentos, bajo inventario ...

Nº 3. La orden de que las oficinas de correos y telégrafos entreguen al



síndico la correspondencia y despachos telegráficos cuyo destinatario sea el fallido.

En vista de lo que dispone la Ley de Quiebras, recién expuesto, el síndico toma conocimiento de las operaciones, negocios, estados de cuenta corriente bancarias, que el deudor tenía hasta ser declarado en quiebra.

Para algunos autores no habría excepción al secreto bancario ante la quiebra, ya que sería una verdadera ficción legal la llamada representación del Síndico, porque es el mismo fallido quien actúa a través del síndico que lo representa. Esto con relación al artículo 154 inciso 1º de la Ley General de Bancos que indica: "... no podrá proporcionarse antecedentes... sino ... a la persona que lo represente legalmente", encontrándose en esta calidad el síndico.

Otros autores inclusive lo califican de mandatario o apoderado del fallido, es decir, es el mismo fallido quien actúa por medio de un tercero facultado por ley para hacerlo. Sin embargo, otros señalan que "en virtud de las funciones administrativas, el síndico asume la misión de administrar, conservar e incrementar y liquidar los bienes del fallido. Conforme al artículo 64 de la Ley Nº 18.175 la administración de la que es privado el fallido pasa de derecho al síndico. Pero se trata de una administración distinta a la que puede ejercer un mandatario o un representante legal debido a que está destinada a la conservación, incremento y liquidación de los bienes del fallido".

Para mayor claridad sobre este asunto la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras ante una solicitud de la Sindicatura de Quiebras, en el sentido que los bancos e instituciones financieras no pusieran obstáculos a los síndicos para proporcionar los datos indispensables para abrir la contabilidad de la quiebra, y en particular, para evacuar los informes periciales en los procesos de calificación. Y además, que les entregaran los saldos que existieran en las cuentas corrientes. Frente a esta petición, el Superintendente de Bancos de la época, Eugenio Puga Fisher, señaló:

"... el cumplimiento de una resolución judicial en las condiciones establecidas en la ley no admite excepciones ni aún en el caso de tratarse de saldos amparados por la reserva que impone a los bancos el artículo 1 de la Ley Nº 7.498, sobre cuentas corrientes bancarias y cheques, por cuanto, declarada la quiebra, la Sindicatura General, como organismo auxiliar de los Tribunales de Justicia toma la administración de los bienes del fallido. En el desempeño de estas funciones y , por consiguiente, en este caso el Síndico representa y sustituye al fallido en cuanto a librador en todas las obligaciones y derecho que emanen de la cuenta respectiva".



De lo expuesto, se puede concluir que la aplicación de las normas de la Ley de Quiebras Nº 18.175, el secreto bancario cede ante la quiebra del cliente de la institución bancaria, y que ésta no puede negarse a proporcionar los antecedentes relativos a los estados de cuenta corriente bancaria, de otros depósitos o de datos relativos a la integración del patrimonio que resulte de la declaración de bienes del fallido, que consten en poder del banco.

Con relación a la discusión si el síndico es o no representante del fallido o incluso su mandatario o se encuentra en una calidad especial, puedo decir objetivamente que la función del Síndico es diferente a la que puede realizar un mandatario. El órgano ejecutivo de la quiebra no sólo tiene interés en el fallido, sino que también debe velar por los intereses de la masa de acreedores, como señala el profesor Ricardo Sandoval, estos intereses apuntan en especial a conservar, incrementar y liquidar los bienes del fallido, no pueden existir en un mandatario o en un representante legal tanta confusión de intereses. Ellos están en atención a dos sujetos distintos, el fallido y la masa de acreedores. Sin embargo, la necesidad de aclarar esta interrogante ha hecho necesario el concluir por parte de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras que el Síndico tiene la calidad de representante.

Por último, se puede señalar que el carácter imperativo de las normas de la Ley Nº 18.175, y también por razones de interés público comprometido, se justifica la existencia de estas normas y el hecho que primen por sobre el secreto bancario. Además, la investigación sobre los actos realizados por el fallido con anterioridad a la declaración de quiebra sólo puede ser posible en la medida que permitan aclarar el grado de legitimidad de las actuaciones ejecutadas en el período denominado "sospechoso", o para entrar a calificar la conducta que ha tenido el deudor y determinar si ello es o no constitutivo de quiebra fraudulenta. Todo ello hace obligatoriamente que en materia de quiebra exista una verdadera excepción al secreto bancario.

6. Alcances sobre el secreto bancario y la Ley Nº 19.628, de 28 de agosto de 1999, sobre protección de la vida privada en Chile.

Esta ley vino a llenar un vacío que se presentaba por la falta de regulación en cuanto al manejo y publicación de datos personales, que se transferían de una institución o empresa a otra sin autorización de las personas a quienes pertenecían.



Se contraponen aquí dos derechos garantizados por la Constitución Política, que en el artículo 19 asegura a todas las personas los siguientes derechos relacionados con este tema:

a) En su número 4; respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de las personas y de su familia y

b) En su número 12; protege la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos de abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley.

Ambos números del artículo 19, están asegurados por el recurso de protección, contenido en el artículo 20 del mismo cuerpo legal.

6. 1. Utilización y manejo de datos personales conforme a la Ley 19.628.

El manejo de datos personales sólo puede realizarse cuando la ley lo dispone o cuando la persona individualizada consiente en ello, la que debe ser debidamente informada respecto del propósito con que se reúne la información y de su posible comunicación al público.

Esta autorización debe constar por escrito y esencialmente revocable. Se excluyen de esta autorización la información recolectada de fuentes accesibles al público; deberán incluirse aquí el informe comercial. Quedan excluidas también de esta autorización la información recolectada por entes privados respecto de sus asociados.

Se establece la posibilidad de transmisión de estos datos siempre que se cautelen los derechos de sus titulares y la transmisión guarde relación con las finalidades para los que fueron recolectados. En efecto la transmisión de bases de datos autorizado por el artículo 5 de la ley se hará normalmente con fines de lucro y el disponer de datos personales confiere a la entidad que lo detenta la posibilidad de hacer ofertas económicas de todo tipo a estas personas que no han revelado esta información para este fin.

Afortunadamente está regulada por esta ley en su artículo 5 el requerimiento de estos datos debiendo cumplirse con los siguientes requisitos:

- a) La individualización del requirente.
- b) El motivo y propósito del requerimiento, y



c) El tipo de datos que se transmiten.

La responsabilidad por el manejo de estos datos será de quien lo requiera, y su utilización está restringida al fin para el cual fueren solicitados.

Se establece la obligación de eliminarlos cuando estén caducos y de modificarlos cuando estén erróneos, o inexactos, además, se bloquearán los datos no verificables en cuanto su autenticidad, todo esto aún sin necesidad de requerimiento del titular (artículo 6).

Se establece la obligación de mantener secreto respecto de estos datos de carácter personal y la posibilidad de manejar estos datos a través de mandato, con el requisito de otorgarlo por escrito y con especial indicación de las condiciones de su utilización (artículos 7 y 8).

En cuanto a su utilización debe ser hecha de acuerdo a los fines para los cuales han sido recolectadas, debiendo contener información exacta, actualizada y veraz. Existiendo especial prohibición respecto de la utilización de datos sensibles, cuales son definidos en la letra G del artículo 2 de la ley en comento como aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual. Se hace responsable al recolector de datos respecto de su almacenamiento y utilización.

6. 2. De los derechos de los titulares de datos.

Toda persona tiene derecho a ejercer respecto del responsable de un banco o registro, que se dedique en forma pública o privada al tratamiento de Datos Personales, los siguientes derechos:

i. Derecho de información o acceso.

Derecho a exigir la información sobre los datos relativos a su persona, su procedencia y destinatario, el propósito del almacenamiento y la individualización de las personas u organismos a los cuales sus datos son transmitidos regularmente.

ii. Derecho a modificación.

En caso de que los Datos Personales sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos, y así se acredite, tendrá derecho a que se modifiquen.

iii. Derecho de bloqueo.



Solicitar el bloqueo de los Datos Personales cuando el titular haya proporcionado voluntariamente sus Datos Personales o ellos se usen para comunicaciones comerciales y no desee continuar figurando en el registro respectivo, sea de modo definitivo o temporal.

iv. Derecho de cancelación o eliminación.

Exigir que se eliminen, en caso de que su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando estuvieren caducos.

Igual exigencia de eliminación, o la de bloqueo de los Datos Personales, en su caso, podrá hacer cuando haya proporcionado voluntariamente sus Datos Personales o ellos se usen para comunicaciones comerciales y no desee continuar figurando en el registro respectivo, sea de modo definitivo o temporal.

v. Derecho de copia en forma gratuita.

La información, modificación o eliminación de los Datos Personales será absolutamente gratuita, debiendo proporcionarse, además, a solicitud del titular, copia del registro alterado en la parte pertinente. Si se efectuasen nuevas modificaciones o eliminaciones de datos, el titular podrá, asimismo, obtener sin costo copia del registro actualizado, siempre que hayan transcurrido a lo menos 6 meses desde la precedente oportunidad en que hizo uso de este derecho.

vi. Derecho a que se avise a terceros.

Si los Datos Personales cancelados o modificados hubieren sido comunicados previamente a personas determinadas o determinables, el responsable del banco de datos deberá avisarles a la brevedad posible la operación efectuada. Si no fuese posible determinar las personas a quienes se les haya comunicado, pondrá un aviso que pueda ser de general conocimiento para quienes usen la información del banco de datos.

vii. Derecho de oposición.

El titular puede oponerse a la utilización de sus Datos Personales con fines de publicidad, investigación de mercado o encuestas de opinión.

6. 2. 1. Condiciones de ejercicio de los derechos.

i. Ante quien se hacen valer.

Ante el responsable del banco de datos, quien puede ser una persona natural o jurídica, o un organismo público.



Si los Datos Personales están en un banco de datos al cual tienen acceso diversos organismos, el titular puede ejercer el derecho de información o acceso respecto de cualquiera de ellos.

ii. Forma de requerimiento.

El requerimiento, mediante el cual se ejerzan los derechos que contempla esta Ley, podrá efectuarse en forma escrita o verbal.

iii. Irrenunciabilidad

El derecho de las personas a la información, modificación, cancelación o bloqueo de sus Datos Personales no puede ser limitado por medio de ningún acto o convención.

6. 2. 2. Excepciones a los derechos de los titulares de Datos Personales.

No obstante los derechos anteriormente señalados, no podrá solicitarse información, modificación, cancelación o bloqueo de Datos Personales cuando ello:

i. Impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones fiscalizadoras del organismo público requerido, o

ii. Afecte la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias, o

iii. Afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional.

iv. Tampoco podrá pedirse la modificación, cancelación o bloqueo de datos personales almacenados por mandato legal, fuera de los casos contemplados en la ley respectiva.

Dentro de la segunda excepción cabe incluir al secreto y a la reserva bancarias consagradas por el ordenamiento jurídico chileno.

6. 3. De la utilización de datos personales relativo a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial.

Se trata de información de carácter económico, financiero, bancario o comercial de carácter personal, la cual puede ser comunicada a quien lo requiera, lo que tiene bastante aplicación desde un punto de vista práctico, la que tiene un límite de vigencia de siete años desde que la obligación se hizo exigible, en caso de encontrarse pendiente, y en caso de extinguirse la deuda por pago u en otro modo



legal la duración es de tres años.

Existe una obligación para acreditar, en el caso que se extinga la obligación por pago o cualquiera otra forma en que se tenga intervención inmediata y directa, cual es la de comunicar dentro de los siete días hábiles, siguientes a tal hecho, al responsable del banco de datos donde se encuentre registrada la morosidad, o deuda que ha sido pagada aunque también el deudor puede requerir la modificación, con la constancia del pago o extinción de la obligación. Además, existe la obligación del responsable del banco de datos de modificarlos dentro del plazo máximo de tres días desde el requerimiento.

6. 4. Información sujeta a secreto bancario como fuente de datos restringida.

Una novedad de la ley chilena es la incorporación en términos amplísimos del concepto de "fuentes accesibles al público" en la letra I del artículo 2, las que legalmente han sido transformadas en la regla general. Se definen amplia y ambiguamente como "los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado (es decir permitido) ...a los solicitantes".

La consecuencia práctica de esta norma es que al ser los datos legalmente públicos, cualquiera puede procesarlos y comercializarlos, validándose definitivamente el lucrativo negocio de la venta de datos personales.

La primera cuestión a dilucidar es determinar cuáles son los registros "de datos personales públicos o privados de acceso no restringido o reservado a los solicitantes", porque los que no detenten esta calidad, aquellos cuyo acceso sea permitido, constituirán fuentes accesibles al público.

La Ley no hace una categorización. No creemos que se trate de una cuestión meramente de hecho, sino que dicha determinación sólo podrá hacerse por los órganos jurisdiccionales pero para casos concretos. No obstante, ya en Chile existen algunas fuentes de información que son de acceso restringido ya que existen leyes que previamente así lo han establecido al darle a los datos el carácter de reservados o confidenciales. Nos referimos a lo menos al secreto estadístico (IN), al secreto tributario, al secreto de la filiación política, y en este caso particular al secreto bancario especialmente. Al existir tales normas, son de acceso



restringido; si no existieran (que es la regla general) serían de acceso permitido o fuentes públicas.

Cabe sentar la siguiente conclusión: en Chile todas las fuentes de datos personales serán de acceso público, no restringido o reservado a los solicitantes, salvo que una ley establezca expresamente lo contrario.

i. El problema del manejo y transmisión de datos personales carecía de regulación, lo que se prestaba para conflictos; y perjuicios para el normal tráfico económico que se produce en el devenir de la vida cotidiana.

ii. La nueva Ley Nº 19.628 de 28 de agosto de 1999, regula esta materia, señalando conceptos claros que son obligatorios pues están definidos en la ley, con el reconocimiento de facultades para el manejo, recolección y transmisión de datos personales, con un procedimiento de reclamo, y un plazo de vigencia de dichos datos.

iii. Pareciera ser que se ha regulado adecuadamente este punto, asegurando a los usuarios de estos bancos de datos, su veracidad, vigencia y su adecuado acceso, sin vulnerar la garantía constitucional de protección a la vida privada y pública de las personas y a su honra, lo que es beneficioso para la seguridad de las operaciones de carácter económico y bancario, asegurando, además, un adecuado acceso al crédito de las personas incluidas en estas bases de datos

Fuera de lo anterior, cabe señalar que la norma relativa al procesamiento de datos sensibles para determinar u otorgar los beneficios de salud que correspondan a sus titulares, fue introducida al texto de esta ley a requerimiento de los representantes de los sistemas de salud pública y privada de Chile. La fundamentación consistió en que el tener acceso a cierta información como los estados de salud síquicos y físicos, conductas sexuales y de la vida en general de sus afiliados, es un elemento fundamental para que los sistemas de salud puedan realizar una adecuada y eficiente administración de sus recursos y una planificación de los beneficios a entregar a sus afiliados.

Ahora, en cuanto a los datos sensibles de que pudiera disponer, de una u otra forma un banco u otra institución financiera, cabe señalar que el margen es estrechísimo, casi nulo. El banco, por la naturaleza de los servicios que presta, a lo más podrá tomar conocimiento y disponer de la información relativa a la raza de sus clientes, atendida la práctica de solicitarles una fotografía, que generalmente toma algún funcionario de la misma institución. Otro tipo de información privada



que de sus clientes necesita saber el banco es aquella que versa sobre la educación de los mismos, pero ésta es necesaria atendido el enfoque de venta de productos del banco a sus clientes, ya que construye a partir de esta información y los correspondientes ingresos patrimoniales de sus clientes una estructura segmentada de los mismos que tiene en cierta forma las características de una clasificación socio-económica que, en definitiva, le indica o señala en qué área debe focalizar la prestación de sus servicios.

Como se señaló anteriormente toda información relativa a datos sensibles no puede ser objeto de tratamiento, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.

El responsable de los registros o bases donde se almacenen datos personales con posterioridad a su recolección deberá cuidar de ellos con la debida diligencia, haciéndose responsable de los daños (artículos 10 y 11).

7. Secreto bancario y cuentas numeradas suizas.

Un número reemplaza el nombre del cliente del banco en todos los documentos que se relacionen con su cuenta bancaria. La cuenta numerada es parte de las medidas internas del banco para limitar la violación al secreto bancario.

Este procedimiento ayuda a salvaguardar la confidencialidad en la relación cliente-banco.

Sólo unos pocas personas en el banco conocen la identidad del cliente. Los otros empleados no tienen forma de saber a quién pertenece una cuenta basada en un número.

Las transferencias bancarias del cliente son enmascaradas, por ejemplo, deposite "X" en la cuenta número "Y".

Las cuentas numeradas no son anónimas; el banco siempre conoce la identidad del cliente.

Las cuentas numeradas están sujetas a las mismas leyes que el resto de las cuentas bancarias:

i. El secreto bancario puede ser alzado en el evento de un serio crimen, tal como el tráfico de drogas.

ii. La cuenta numerada ofrece protección adicional para asuntos privados tales como una herencia o un divorcio, ya que es el demandante quien debe



identificar el banco en que los fondos están depositados antes que alguna corte pueda procesar el caso. En la práctica se hace aún más difícil cuando la cuenta se abre bajo algún seudónimo.

Se requieren ciertas precauciones por parte del usuario para asegurar una óptima confidencialidad. La cuenta numerada es principalmente utilizada como una cuenta de inversiones.

7. 1. Cómo funcionan las cuentas numeradas.

La cuenta numerada es parte de las medidas internas del banco para restringir el riesgo de violación al secreto bancario. La administración de una cuenta normal entabla riesgos de filtración de información que ciertos clientes no están dispuestos a asumir. Una orden bancaria pasa a través de muchas manos antes de ser totalmente procesada. Los documentos contienen tanto el nombre como el número del cliente, y a veces incluso su dirección. Por ejemplo, una cartola de estado de una cuenta bancaria no numerada.

Todas las personas que tienen acceso a estos documentos son obviamente obligados a la observancia del secreto bancario. Pero a pesar de eso, hay riesgo, y uno que no es insignificante, el de inescrupulosos empleados tentados por el precio de esta información en el mercado negro. Por ejemplo, cuánto cuesta la información sobre la cuenta bancaria de un político o la extensión de la fortuna de una celebridad.

La cuenta numerada fue introducida en Suiza para evitar estos muchos tipos de tentaciones. El nombre del titular de la cuenta está separado de la cuenta numerada. El banquero de los clientes sabe su nombre y dirección. Una vez abierta la cuenta, el banquero coloca todos los documentos que contienen el nombre y dirección del cliente en una caja de seguridad. Solamente un puñado de personas tiene acceso a estos documentos, de acuerdo a los más estrictos procedimientos: El gerente del banco y señaladas autoridades pueden sólo requerir ciertos archivos indicados por su número. Ellos deben grabar esta operación en un registro indicando el número de archivo consultado y luego firmar. Sólo pueden requerir un archivo a la vez.

Los bancos suizos no mantienen bases de datos que contengan la información que pudiera ayudar a correlacionar el nombre del cliente con el número de la cuenta numerada. El único medio de acceder a esta información es verificando



los contenidos de las cajas de seguridad. Y, por supuesto, ellas son muy bien protegidas.

Por medio de esta operación tipo muralla china, la mayoría de los funcionarios trabajan con las cuentas sin saber a quien pertenecen. Mientras menos compartido sea un secreto, menos será el riesgo de filtración.

7. 2. Administración de cuentas numeradas.

Varias precauciones deben ser tomadas para que la muralla china construida se mantenga efectiva. Por tanto, es importante indicar particulares restricciones que debe haber para este tipo de cuentas.

Los movimientos de ingreso y egreso se deben mantener en un estricto mínimo.

No se emite chequera y no hay correspondencia con el titular.

Las transacciones a través de caja son imposibles.

Retiros y pagos son hechos esencialmente a través del administrador de la cuenta o a través de tarjeta de crédito.

Las transferencias de otras personas que no sean el cliente están sujetas a precauciones especiales. Al aceptar automáticamente la transferencia el banco estaría implícitamente confirmando que la cuenta existe. Antes de aceptar la suma, el administrador de la cuenta pregunta la opinión al cliente sobre el riesgo que entabla aceptar la transacción. Si el cliente rehúsa la transferencia, el banco responde que no tiene esa cuenta.

Saliendo del ámbito descriptivo, sería interesante aplicar este tipo de cuentas en Chile. La verdad es que son compatibles con nuestra legislación, ya que como se dijo no son anónimas. El banco sabe quien es el titular. Habría una mayor protección a los clientes, al interior mismo de los bancos debido a que poquísimo personal tendría acceso a la identidad del cliente, y también porque las firmas auditoras que realizan evaluaciones habitualmente a las instituciones financieras no tendrían acceso a la información que individualiza a los clientes, lo que ya sería un logro. Ellas funcionan en un ámbito eminentemente técnico, al igual que la Superintendencia, y en efecto no habría razón legal para que alguno de estas instituciones mencionadas previamente solicitaran información sobre la individualización de los clientes, salvo que fuere por requerimiento de un tribunal en los casos establecidos por las leyes.



En realidad, en vista de la pobre protección que se brinda a este instituto en nuestra patria, en comparación a Suiza, el implementar este tipo de cuentas significaría un avance significativo en el resguardo de la intimidad de las personas.

Conclusión.

Actualmente el secreto bancario, ya consagrado en nuestro sistema legal, ha estado sufriendo mermas importantes en lo relativo al ámbito de protección que otorga.

El Estado, a través del Servicio de Impuestos Internos, ha estado ejerciendo una presión cada vez más significativa que propende al ya casi absoluto levantamiento de esta institución. En cierta forma, a pesar de estar amparado por nuestra Constitución como una manifestación del derecho a la intimidad, está tiene poca importancia a la hora de sopesarla con la potestad del Estado en materia tributaria. Es entonces el fundamento del secreto bancario insuficiente. Debiera propenderse hacia un nuevo giro, que permita a este país convertirse, ya uno de los líderes de nuestra región en lo que a materia económica se refiere, en uno de los centros financieros internacionales de importancia.

Es cierto que hay casos en los que sí procede el alzamiento del secreto bancario por necesidades mayores, tales como el cometido de ilícitos de gran relevancia, como el tráfico de drogas, de armas, etcétera, que no pueden ser detenidos mientras se les permita seguir blanqueando sus ganancias a través del lavado de dinero que hacen amparándose en el secreto bancario. Este es un caso claro en que debe ceder esta institución.

Considero que el Estado chileno se ha ido volviendo en exceso inquisitivo en cuanto a la forma de averiguar sobre el patrimonio de las personas.

Además, nuestra jurisprudencia no se ha pronunciado aún claramente al respecto.

Pareciera que cuesta aceptar, a pesar de su consagración, el derecho a la intimidad económica.

Debe recordarse que el secreto bancario es una institución creada en favor de las personas que utilizan el sistema financiero.

Tenemos que asumir que nuestro país no puede quedar ajeno a la inversión que distintos sujetos deseen realizar en estas latitudes y no lo hagan debido a la



sobre-regulación, y a la ya casi cero confidencialidad que tendrían de depositar en un banco chileno.

Existen países que no están interesados en restringir el secreto bancario, lo que provoca una suerte de competencia desleal.

No se pueden seguir imponiendo regulaciones que impliquen mayores exigencias y obligaciones que las establecidas en otros países, pero siempre cuidando de no desprestigiar la actividad bancaria permitiendo la entrada indirectas de capitales de dudoso origen.

Por otro lado, una revalorización del secreto bancario constituiría una excelente compensación para las instituciones financieras, frente a las desventajas que para ellas implica la existencia de una regulación especial y contribuiría a mejorar la competitividad de este sector frente a los nuevos actores que desarrollan operaciones financieras libres de tan compleja regulación.

En ese sentido, Suiza ha logrado un gran equilibrio que es por lo demás digno de igualar.

Por otra parte, el hecho que en Chile se haga la distinción entre secreto y reserva bancaria, protegiendo cada uno de ellos ha distintas operaciones, le resta eficacia y valor práctico a la institución. El que solamente haya sanción penal para aquellos que revelen información sobre los depósitos y captaciones que mantengan clientes de un banco los deja igualmente descubiertos ante la temeridad de uno que otro funcionario del banco o de alguna de las instituciones que tengan acceso a la información sujeta a reserva bancaria que se arriesgue en obtener un beneficio económico ante la nula posibilidad de sanciones relevantes.

Al responder esta pregunta queda claro la postura que se debe asumir ante el secreto bancario:

¿Preferiría depositar sus valores en un banco sujeto a la legislación chilena sobre secreto bancario o en uno que esté obligado de acuerdo a la legislación suiza?

No hay cómo elegir mal. ♠

(*) Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, mayo de 2003

Bibliografía.



I. Obras generales y especializadas.

1. Alessandri Rodríguez, Arturo. "Teoría de las obligaciones", editorial Cisneros, Santiago, Chile, 1930.
2. Arzeno Fermín, Laura y De la Rocha Camilo, Ilona, "La responsabilidad de la banca en el lavado de dinero", volumen I, editorial Amigo del Hogar, Santo Domingo, 1996.
3. Diccionario de la lengua de la Real Academia Española, vigésima primera edición, editorial Espasa Calpe, Madrid, España, 1992.
4. Garrigues, Joaquín. "Contratos bancarios", editorial Aguirre, Madrid, España, 1976.
5. Garrigues, Joaquín. "Dictámenes de derecho mercantil", tomo I, editorial Aguirre, Madrid, España, 1976.
6. Malagarriga, Juan Carlos. "El secreto bancario", editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1976.
7. Molle, Giacomo. "Manual de derecho bancario", editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1977.
8. Morand, Luis. "Legislación bancaria", editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987.
9. Pinto Lavín, Juan. "Secreto bancario. Régimen legal", editorial Patmos, Santiago, Chile, 1980.
10. Puelma Acorsi, A. "Curso de derecho de quiebra", editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985.
11. Puelma Acorsi, A. "Estudio Jurídico sobre operaciones bancarias", editorial jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1971.
12. Sandoval López, Ricardo. "Manual de derecho comercial. Contratos mercantiles, títulos de crédito, operaciones bancarias y mercado de capitales", tomo II, editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
13. Sandoval López, Ricardo. "Manual de derecho comercial. La insolvencia de la empresa. Derecho de quiebras", tomo III, editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1994.
14. Vergara Blanco, Alejandro. "El secreto bancario: sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia", 1a edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.
15. Villegas, Carlos Gilberto. "Manual de derecho bancario", editorial Ediar-Conosur Ltda., Santiago, Chile, 1987.
16. Villegas, Carlos Gilberto, "Régimen legal de bancos", editorial De Palma, Buenos Aires, 1978.

II. Memorias, tesis y artículos.

17. Bonfati, M. A., "Comentarios de doctrina y jurisprudencia sobre derecho bancario", Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, N° 91-96, año XVI, Buenos Aires, 1983.
18. Bruna Contreras, Guillermo. "Informe de la inconstitucionalidad sobre la Ley de reformas a la Ley General de Bancos", en: "El Mercurio de Santiago", de 12 de julio de 1986.
19. Calero Guilarte, J. S., "Gran Bretaña: informe sobre confidencialidad exigible a las entidades de crédito", Revista de Derecho Bancario y Bursátil, N° 35, año IX, Madrid, 1989.
20. De la Maza Navarrete, Eduardo. "La importancia de conciliar las medidas preventivas del lavado de dinero con el respeto al secreto bancario", Tesis Universidad Católica, Santiago, Chile, 1999.
21. Echeverría Herrera, Alfredo. "Sigilo bancario. Acceso a la información bancaria para fines tributarios", *septiembre del 2000, en* http://www.sii.cl/aprenda_sobre_impuestos/estudios/sigilo_bancario.htm



22. Lange Guillen, Tomás. "¿Debe existir el secreto bancario en Chile?", Tesis Universidad Católica, Santiago, Chile, 1997.
23. Micheloud & Co., "Swiss bank secrecy", en <http://switzerland.isyours.com/e/banking/secrecy/index.html>
24. Munita Becerra, Enrique. "El secreto bancario", en El Mercurio de Santiago, 5 de octubre de 1979.
25. Novoa Monreal, Eduardo, "La obligación de secreto profesional", Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLI, 1944, primera parte.
26. Pumarino Mendoza, Augusto Andrés. "La obligación de secreto bancario y sus excepciones en la legislación nacional", Memoria Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile, 1997.
27. Ossa Jiménez, Francisco Ignacio. "El secreto comercial y financiero", Memoria Universidad Católica, Santiago, Chile, 1989.
28. Otero Novas, J. M., "Secreto bancario. Vigencia y alcance", Revista de Derecho Bancario y Bursátil, N° 20, año V, Madrid, 1985.
29. Revista Nueva Gaceta, Laboral, Tributaria, Jurídica, año IV, volumen IV, N° 3, 1981.
30. Santa María, Juan Pedro, abogado, El Mercurio, de Septiembre de 1995.
31. Véliz Schrader, Rodrigo Alfonso. "El secreto bancario frente a las facultades fiscalizadoras en materia tributaria", Tesis Universidad Católica, Santiago, Chile, 1999.

III. Normas legales.

32. Constitución Política de la República de Chile de 1925.
33. Acta Constitucional N° 3 de 13 de septiembre de 1976 de Chile.
34. Constitución Política de la República de Chile de 1980.
35. Código Penal de Chile.
36. Código Civil de Chile.
37. Código de Comercio de Chile.
38. Código Tributario de Chile.
39. Código del Trabajo de Chile.
40. Swiss Criminal Code
41. Swiss Civil Code
42. Swiss Federal Banking Act
43. Swiss Private International Law
44. Ley N° 7.498, de 17 de agosto de 1943, sobre cuentas corrientes bancarias y cheques
45. Ley N° 18.175 sobre quiebras, de 28 de octubre de 1982
46. Ley N° 18.576 del año 1986, que modifica a la Ley General de Bancos contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 252 en Chile.
47. Ley N° 19.366, contenida en el Decreto con Fuerza de ley N° 1 de 1995, sobre tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.



48. Ley Nº 19.398, de 4 de agosto de 1995, que modifica el artículo 101 de la Ley de la Renta.
 49. Ley General de Bancos , según Decreto con Fuerza de Ley Nº 3 de 19 de diciembre de 1997.
 50. Ley Nº 19.335 de 1994, que establece el régimen de participación en los gananciales y modifica el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, y otros cuerpos legales que indica.
 51. Ley Nº 19.628, de 28 de agosto de 1999, sobre protección de la vida privada en Chile.
 52. Decreto con Fuerza de Ley Nº 707, de 7 de octubre de 1982 , que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques.
 53. Circular Número 93 de fecha 10 de Abril de 1929 dictada por la Superintendencia de Bancos de Chile.
 54. Circular Nº 396, de 8 de febrero de 1949, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile.
 55. Circular Nº 1.695, de 23 de julio de 1980, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile.
 56. Circular Nº 2.248, de 27 de abril de 1987, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile.
 57. Circular Nº 3.105, de 29 de enero de 2001, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile.
 58. Circular Nº 84, de 22 de junio de 1977, del Servicio de Impuestos Internos de Chile.
 59. Oficio ordinario Nº 1.122 de fecha 26 de junio de 1978 del Ministerio de Hacienda de Chile.
 60. Oficio Nº 3954, de la Cámara de Diputados de Chile al Senado, de 9 de octubre de 2002, que contiene el proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis e Inteligencia Financiera.
-