

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

CHILE



"EL SECRETO BANCARIO"

Seminario de Titulación para
optar al Grado de Licenciado
en la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales.

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

1983

" A la memoria de mi padre.

A mi madre."

Concepción, 26 de Septiembre de 1983

Señor Vice-Decano:

Me es grato informar el Seminario de Titulación efectuado por don ALEJANDRO VERGARA BLANCO, alumno regular de nuestra Facultad, quien reúne con la elaboración de su trabajo intitulado "El Secreto Bancario" un requisito para la obtención del grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

El secreto bancario en nuestro medio si bien es cierto que no se encuentra reglamentado en forma sistemática en el derecho positivo, no es menos cierto que ha sido consagrado y respetado tradicionalmente por las costumbres y prácticas bancarias, y confirmado por la jurisprudencia de nuestros tribunales.

La ausencia de normas que contemplen el secreto bancario de una manera general en nuestro país, ha complicado la labor de los investigadores para determinar las fuentes de donde emana como asimismo para explicar su fundamento.

En el Seminario de don ALEJANDRO VERGARA BLANCO se analiza, en una primera parte, los aspectos teóricos del Secreto bancario, pasando revista a un gran número de doctrinas acerca del fundamento y alcance de la reserva que los bancos deben mantener de las operaciones y negocios de sus clientes como así también a la forma como se le consagra en el Derecho

Comparado. En esta parte el trabajo carece de originalidad, como no sea, cuando su autor adopta una posición de las tantas existentes acerca del fundamento, pero tiene el mérito de recoger abundante información sobre el tratamiento del secreto bancario en el plano doctrinal y legal.

En la segunda parte, la investigación está destinada a analizar cómo el derecho chileno recoge el secreto bancario, a precisar sus fuentes; constitucionales y legales como así también a analizar los casos en los que se ha discutido ante los tribunales de Justicia. Se advierte aquí un mayor aporte personal del autor para sistematizar y comentar los diversos preceptos constitucionales y legales que, a su juicio, constituyen la fuente legal del deber de reservar que observan los bancos. Merece asimismo destacarse el esfuerzo realizado para adoptar una posición personal acerca del fundamento del Secreto bancario en Chile, que si bien es cierto no compartimos, no es menos verdadero que formalmente está bien planteada.

Para la elaboración del Seminario, el postulante consultó abundante material bibliográfico nacional y extranjero e incluso tuvo acceso a obras que no se encuentran en nuestras bibliotecas jurídicas y a informes, circulares e instrucciones de los principales Bancos del país como asimismo de la Superintendencia de Bancos e Instituciones, el Servicio de Impuestos Internos, etc.

La investigación del Sr. VERGARA BLANCO está escrita en un lenguaje claro, sencillo, que revela un apropiado empleo del léxico jurídico.

Las conclusiones a que elabora concuerdan con el gran acopio de material que el trabajo contiene y si bien no implican una reflexión profunda, original y acabada sobre el tema, hay que reconocer que ello se debe a la falta de madurez en los conocimientos adquiridos y al hecho de ser este Seminario la primera experiencia de investigación del alumno.

Para fines reglamentarios se aprueba con nota de 76 puntos.

Saluda atentamente a Ud.,

RICARDO SANDOVAL LOPEZ
PROF. DERECHO COMERCIAL.
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

AL SEÑOR
PROF. PABLO SAAVEDRA E.
VICE-DECANO SUBROGANTE
FACULTAD CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.
PRESENTE.

INDICE

INTRODUCCION

& El concepto de secreto.

1.- Concepto.....	1.
2.- Análisis de la definición.....	2.
3.- Tendencias doctrinarias en torno al concepto de secreto.....	3.
4.- Algunas definiciones.....	4.

& Origen y fundamento de los secretos.

5.- Distinción previa.....	6.
6.- El hombre, ser comunicativo.....	6.
7.- Necesidad de los secretos.....	7.

& Clasificación de los secretos.

8.- División tradicional de los moralistas.....	8.
9.- Clasificaciones jurídicas.....	9.

& El secreto frente a la moral.

10.- Moralidad.....	11.
11.- Aplicación de los principios morales a la clasificación señalada.....	11.

& El secreto frente al Derecho.

12.- Previamente: Derecho y Moral.....	12.
13.- Tutela jurídica del secreto.....	13.

PRIMERA PARTE

Estudio doctrinario del Secreto Bancario.

CAPITULO PRIMERO

"El Secreto Bancario, Concepto, naturaleza Jurídica y fundamentos".

I Importancia del secreto bancario.

La función bancaria.....	15.
Relación cliente-banco.....	17.
Consecuencia e importancia práctica.....	19.
Importancia de su estudio.....	19.

II Concepto de secreto bancario.

Definición académica.....	20.
Diferentes definiciones.....	21.
Nuestra definición.....	23.

III Naturaleza Jurídica.

Distinción previa.....	24.
El secreto bancario como deber moral.....	24.
El secreto bancario, jurídicamente, como deber u obligación.....	25.

IV Fundamento del secreto bancario.

Ideas previas.....	26.
--------------------	-----

Distintas tesis expuestas.

1.- Fundamento contractual, Crítica.....	27.
2.- Teoría de la responsabilidad del banquero, Crítica.....	31.
3.- El secreto profesional, Crítica.....	32.
4.- El uso, Crítica.....	37.
5.- La buena fe o confianza, Crítica.....	40.
6.- Derecho de propiedad, Crítica.....	41.
7.- Derechos de la personalidad, Crítica.....	43.
8.- Protección a la actividad bancaria, Crítica.....	46.
9.- Otros fundamentos.....	48.
10.- Nuestra posición.....	49.

CAPITULO II

"El secreto bancario ante el Derecho Comparado".

1.- Francia.....	54.
2.- El Líbano.....	59.
3.- Suiza.....	61.
4.- Alemania.....	62.
5.- Italia.....	63.
6.- Inglaterra.....	63.
7.- España.....	64.
8.- Grecia.....	64.
9.- México.....	65.
10.- Argentina.....	65.

SEGUNDA PARTE

CONSAGRACION LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL SECRETO BANCARIO.

CAPITULO PRIMERO

EL SECRETO BANCARIO EN EL DERECHO NACIONAL.

SECCION I: FUENTES JURIDICAS.

a.- Constitución Política del Estado.....	70.
b.- la ley.....	71.
c.- la Costumbre. Requisitos. Prueba.....	75.

SECCION II: SUJETOS DEL SECRETO BANCARIO.

A.- Sujeto Activo.....	79.
B.- Sujeto Pasivo.....	82.

Diferentes criterios en legislación comparada.

1.- Argentina.....	83.
2.- México.....	83.
3.- Suiza.....	84.

4.- El Líbano.....	84.
5.- Alemania.....	85.

Nuestro Derecho.

1.- Bancos.....	86.
2.- Sociedades Financieras.....	88.
3.- Empleados, funcionarios o dependientes.....	91.

SECCION III: EXTENSION DEL SECRETO BANCARIO.

I Criterios en doctrina comparada.

1.- El Líbano.....	93.
2.- Italia.....	93.
3.- Inglaterra.....	94.
4.- España.....	95.
5.- México.....	95.
6.- Suiza.....	96.
7.- Bélgica.....	96.
8.- Argentina.....	96.

II Nuestro Derecho.

SECCION IV: EXCEPCIONES AL SECRETO BANCARIO.

A.- EXCEPCIONES FRENTE A LA JUSTICIA CIVIL.

- Puntualizaciones previas.	
a.- Exhibición de documentos.....	110.
b.- Declaraciones de testigos.....	113.
c.- Medidas prejudiciales.....	115.

- TRES CASOS ESPECIALES:

1.- El secreto de la cuenta corriente bancaria.....	117.
2.- El Secreto bancario frente a la quiebra.....	120.
3.- El Secreto bancario frente a la justicia de menores.....	122.

B.- EXCEPCIONES FRENTE A LA JUSTICIA CRIMINAL.

a) Entrada y registro en lugar cerrado.....	124.
b) Registro de libros y papeles.....	126.
c) Examen de cuentas corrientes bancarias en casos de índole tributaria.....	127.
d) En los delitos de falsedad.....	129.
e) Oficios.....	129.
f) Testigos.....	129.

C.- EXCEPCIONES FUENTE A CUERTOS ORGANOS ADMINISTRATIVOS.

1.- Superintendencia de bancos e instituciones financieras.....	132.
2.- Superintendencia de valores y seguros.....	137.
3.- Fiscalía de defensa de la libre competencia.....	137.
4.- Contraloría General de la República.....	139.
5.- Servicio de Impuestos Internos.....	141.

1.- ALGUNAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS.

1.- Italia.....	141.
2.- Francia.....	141.
3.- Suiza.....	143.
4.- El Líbano.....	144.
5.- España.....	144.
6.- Argentina.....	144.

II.- NUUESTRO DERECHO.

a) Facultades del Servicio de Impuestos Internos....	145.
b) Sus limitaciones.....	148.
c) Nuestra opinión.....	150.
d) La opinión del Servicio de Impuestos Internos....	151.

III.- PARA TERMINAR.

1) Revisiones de Cuentas Corrientes Bancarias.....	152.
a) Algo de historia.....	152.
b) Exégesis del artículo 62 del Código Tri- butario.....	155.
2) Petición de Informes.....	157.
- Polémica con el Banco del Estado.....	157.

D.- INFORMES BANCARIOS.

I Algunas doctrinas y legislaciones extranjeras.

1.- El Líbano.....	161.
2.- España.....	161.
3.- Gran Bretaña.....	163.
4.- Bélgica.....	163.
5.- Argentina.....	164.
6.- Francia.....	164.

II En nuestro País.

a) Folletín de informaciones comerciales.....	167.
b) Informaciones a particulares.....	167.
c) Informaciones entre bancos.....	169.

E.- LOS INTERESES DEL BANCO.

SECCION V: VIOLACION DEL SECRETO BANCARIO.

a) Consecuencias administrativas.....	171.
b) Consecuencias civiles.....	172.
c) Consecuencias penales.....	173.

CAPITULO II

El Secreto Bancario frente a la jurisprudencia nacional.

1.- Caso Chiofalo.....	175.
2.- Caso Banco O'Higgins.....	180.
3.- Caso Banco de Santiago.....	186.
- Comentarios.....	191.

CONCLUSIONES.....	194.
-------------------	------

BIBLIOGRAFIA.....	196.
-------------------	------

INTRODUCCION

& El concepto de secreto

1.- Concepto.— Se principiará este estudio definiendo la palabra secreto, procediendo de acuerdo a la teoría del conocimiento que, al decir de Juan Hessen, "investiga los conceptos básicos más generales, por cuyo medio tratamos de definir los objetos" (1).

De este modo, recurriremos para ello al origen etimológico de la palabra y a su definición académica.

Etimológicamente la expresión secreto proviene de la corrupción de la palabra latina "secretum", que significa lo escondido u oculto; del mismo origen de la expresión "secernere", que conlleva la idea de secreción y de separación o apartamiento. (2)

La Real Academia Española, en su Diccionario de la Lengua, lo define como "lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto" (3). Esta definición es válida para nuestro Derecho, ya que constituye el sentido natural y obvio de dicha expresión, según ya reiteradamente lo ha dicho la Jurisprudencia nacional, interpretando el artículo 20 del Código Civil.

-
- 1.- Teoría del Conocimiento, Editorial Espasa-Calpe S.A., duodécima edición, Madrid, 1970, p.119.
 - 2.- Joan Caroninas, Breve diccionario etimológico de la lengua castellana, Editorial Gredos, Madrid, 1961, p.514.
 - 3.- Diccionario de la Lengua Española, Editorial Espasa-Calpe S.A., 19a. edición, Madrid, 1970, p.1.186.-

2.- Análisis de la definición.- Esta definición podemos descomponerla en tres elementos:

a) el primero se expresa en el pronombre "lo", que se refiere, como todo pronombre, al nombre de una persona, animal o cosa; en este caso, se refirirá a una "cosa". Esta cosa, en nuestro caso, es cualquier noticia o conocimiento; se trata de la noticia o conocimiento "que cuidadosamente se tiene reservada u oculta", según la definición dada;

b) el segundo elemento es la reserva u ocultación. Es esencial en el concepto. Es necesario para que exista ignorancia, desconocimiento, secreción, separación o apartamiento. Y es necesario porque de faltar nos encontraríamos ante un pseudo-secreto: un "secreto a voces", o, como se dice, "echar un secreto a la calle" (4). Mas precisamente, este concepto opuesto al secreto es la publicidad, la notoriedad, la vulgaridad.

No obstante lo dicho, un secreto no pierde la calidad de tal cuando su objeto es conocido por muchas personas, ya que lo importante es que haya alguien que lo ignore o deba ignorarlo. Así, algo puede ser conocido por un núcleo de personas, cuando lo que interesa es que no sea conocido por un número mayor de individuos. En el caso de una institución bancaria, todos o algunos de sus empleados pueden conocer ciertos hechos que deben ocultar a los demás, ignorantes de los mismos;

c) con el adverbio "cuidadosamente", la definición del diccio

4.- Ibídem.-

nario señala un tercer elemento. Este es indicativo del celo con que debe guardarse el secreto conocido. Como se verá, es el elemento más interesante frente a la Moral y al Derecho.

3.- Tendencias doctrinarias en torno al concepto de secreto.-

Los que más se han ocupado del concepto de secreto son los autores de Derecho Penal; ello es comprensible ya que los tipos penales, para su configuración práctica, deben tener una determinación muy precisa.

En este punto, como en tantos otros dentro de la doctrina Jurídica, han surgido dos tendencias: un criterio subjetivo y un criterio objetivo; además, hay autores que se reúnen alrededor de un tercer criterio, que aparece una y otra vez en la historia del pensamiento: el criterio escéptico.

Características fundamentales de cada tendencia son las siguientes:

a) criterio subjetivo: los que sustentan este criterio, definen el concepto de secreto, marcando su acento en el elemento voluntariedad. Sostienen que el secreto surge como tal por obra o consecuencia de una voluntad jurídicamente competente, la cual pone un límite a la posibilidad de extenderse el conocimiento de algo (5).

b) criterio objetivo: definiendo el concepto, sostienen que existen hechos en sí mismos de naturaleza secreta, con indepen-

5.- José Rigo Vallbuona, El Secreto Profesional, Editorial Hispánico Europea, Barcelona, 1961, p. 33.-

dencia de la voluntad.

c) escépticos: se trata, su posición, de un escepticismo metafísico respecto al concepto de secreto. O bien niegan la necesidad o utilidad del concepto o descartan la posibilidad de poder concebirse una noción admisible del mismo. Es así como autores italianos y alemanes han dicho que el concepto de secreto ha sido, y sigue siendo, un verdadero secreto (6). En el fondo, lo que estos autores niegan es un concepto unitario de secreto, válido para todas sus clases, ya que entre ellos hay quienes exponen definiciones para cada una de las clases posibles o existentes de secreto.

Esta opinión es rechazada por la mayoría de los autores, quienes no dejan de construir una definición de secreto.

4.- Algunas definiciones.- a) El autor español José Rigo Vallbuena, subjetivista, dice que secreto "es un concepto de relación humana referida a noticias o conocimientos que voluntaria u obligatoriamente se tienen o deben tenerse reservados u ocultos" (7). Es una definición muy general, que puede aplicarse a toda clase de secretos, cualquiera que sea la esfera del orden jurídico en que incida.

Entre nosotros, Alfredo Etcheverry da un concepto de secreto, también subjetivista, que -según él- es generalmen

6.- Citados por idem., p. 29.-

7.- Obra citada, p. 33.-

te aceptado en doctrina. Dice: "por tal se entiende un hecho que es conocido sólo de un círculo restringido de personas y respecto del cual existe, por parte de alguien, un interés legítimo en que el conocimiento del mismo se mantenga limitado a ese círculo de personas, pues su conocimiento por otros afectaría adversamente a un bien de que es titular (su honor, sus intereses, su tranquilidad, etc.)" (8).

b) en la tendencia objetivista están todos aquellos que entre las clases de secretos incluyen los llamados secretos naturales. Definiciones objetivistas son las siguientes.

Quello Galón, (9), define secreto como "el hecho o acontecimiento desconocido cuyo mantenimiento oculto interesa a una o varias personas".

Eusebio Efraim, por su parte, dice que es secreto aquello que una persona tiene interés en sustener el conocimiento de todos o de otras personas. (10)

c) en definitiva, lo que diferencia a estos autores es el creer o no en hechos objetivamente secretos; o en la voluntad como creadora de estos hechos secretos. La importancia de estos criterios para el concepto de secreto, y más adelante para el concepto de secreto bancario específicamente, es ayudarnos a discriminar si determinadas noticias o los sucesos constituirán o no secretos. Así, estas noticias, ¿será necesario examinar-

8.- Derecho Penal, Editores Nacionales Gabriela Vistral, 2da. Edición, Santiago de Chile, 1976, Tomo III, p. 203.-

9.- Citado por Rigo Villalón, obra citada, p. 31.-

10.- Citado por: Leonidas Montes Olaverriente, De la praxeología de abogados y procuradores, Edit. Jca. de Chile, S.º, 1963, p. 47.-

las sólo objetivamente, esto es, si por su naturaleza importan secretos?, o, ¿es necesaria una manifestación de voluntad en tal sentido? Nos inclinamos personalmente por el criterio objetivo, porque, entre otras razones y como se verá, ofrece evidentes ventajas prácticas para resolver problemas de interpretación legal.

8. Origen y fundamento de los secretos.-

5.- Distinción previa.- No nos referiremos aquí al origen de la obligación de guardar los secretos. Esta obligación, en el terreno del derecho positivo, nacerá como las demás obligaciones: de la voluntad o de la ley; o como expresa el artículo 1.437 del Código Civil: de los contratos o convenciones; de los cuasicontratos; de los delitos o cuasidelitos, o de la ley.

Nos referiremos a la razón de la existencia de los secretos; a los motivos de su ser. Ello nos servirá evidentemente para comprender, en sus basamentos más primarios, el por qué existe ese secreto determinado, objeto de nuestro estudio: el secreto bancario.

6.- El hombre, ser comunicativo.- El hombre, por esencia, y por el hecho de vivir en sociedad, es comunicativo. Es una necesidad, al interrelacionarse con los demás hombres, el comunicarse con ellos. De otra forma no se concebiría la vida en so-

ciudad. Por lo demás, el hombre es un ser pensante, cuyo rasgo esencial es la comunicabilidad.

Más, apunta Giorgio del Vecchio, esta comunicabilidad del pensamiento no quita para que el mismo pueda ser ocultado o disimulado (11).

De este modo, así como el hombre siente la necesidad de comunicarse con los demás, tiene también la inclinación -y la necesidad, como se verá- de ocultarles gran parte de su pensamiento, actos y detalles de su vida.

7.- Necesidad de los secretos.- Por lo dicho, en el interior de todos nosotros se lucha una batalla entre dos tendencias opuestas: una nos compele a comunicarnos; y, otra, nos inclina a la ocultación, al silencio, al secreto.

Sin entrar aún en el plano moral, se puede afirmar que en la vida real es necesario, y frecuentemente muy aconsejable, guardar para sí gran caudal de noticias, conocimientos o pensamientos. El éxito mismo de la vida o de una empresa en ella pueden depender en una medida insuspechada de la mayor o menor perfección con que guardemos nuestros secretos.

Por último, esta necesidad supone y conlleva los conceptos de derecho y obligación. Por lo tanto, la razón de ser, el origen y el fundamento de que tengamos "derecho" a ocultar noticias, conocimientos o pensamientos, y que podamos

11.- Verdad y engaño en la Moral y en el Derecho, en: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LIV, mayo-junio 1957, n^{os} 3 y 4, Primera Parte, sección Derecho, p. 15.-

"obligar" a otros su guarda, es la misma naturaleza humana. Esta naturaleza es limitada e imperfecta; necesita por ello los secretos.

A Clasificación de los secretos.-

B.- División tradicional de los moralistas.- Por su mismo objeto, la Moral clasifica los secretos de un modo diverso al Derecho. Para ella toda noticia oculta, que de acuerdo a los principios éticos no deba revelarse, constituye un secreto; distinguiendo tres clases de secretos: secreto natural; secreto promiso y secreto comiso. Su contenido es el que sigue (12) (13):

a) secreto natural: es toda noticia que de suyo, por su misma naturaleza o índole, debe mantenerse oculta. De no ser así, se violarían las leyes naturales que nos imponen un deber de discreción respecto de todo cuanto con su divulgación pueda dañar al prójimo en su reputación o bienes. Se habla aquí de un verdadero "deber moral natural" (14).

b) secreto promiso: enfocado como deber, es aquel secreto que un confidente garantiza después de haber conocido la revelación

12.- Así: Antonio Alvarez Roble, Guión de un ensayo sobre deontología notarial, párr. el secreto profesional, en: Anales de la Academia Matrinense del notariado, Tomo VII, año 1963, p. 57.-

13.- Helena Carrera Bascuñán (El Secreto Profesional del abogado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963, p. 8.-), habla de secretos naturales, confiados y prometidos, con un contenido similar.-

14.- Así: Rafael Bielsa, La Abogacía, Editorial Abeledo-Perrot, 3ra. edición, Buenos Aires, 1960, p. 247.-

a que el secreto se refiere. Este secreto, en virtud de la promesa o compromiso, debe ser guardado, no importando si por la naturaleza del mismo no existe obligación de reserva.

c) secreto comiso: es aquel deber de secreto que nace de la confianza recibida, después de haber prometido -expresa o tácitamente- el confidente que guardará reserva sobre su contenido. Se divide tradicionalmente en:

- secreto meramente confidencial: que es aquel encargado o comunicado a una persona cualquiera, cuyo oficio no es prestar ayuda o consejo a los demás; y

- secreto profesional: que es aquel que se comunica a alguien que, en razón de su profesión u oficio, tiene la misión de asistir a otras personas con sus consejos. O "el deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como médicos, abogados, notaricos, etcétera, de no descubrir a tercero los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión", como lo define el Diccionario de la Real Academia Española.

9.- Clasificaciones jurídicas.- En el campo jurídico se clasifica los secretos según el sujeto que tiene el legítimo interés en la reserva. (15) Este sujeto, dentro de una sociedad jurídicamente organizada, podrá ser o el ciudadano o el estado, incluyéndose dentro de aquél a las personas colectivas o morales. De este modo, existen:

15.- En esta parte seguimos a Rigo Valbuena, obra citada, p. 50 y 51.-

a) secreto cuyo sujeto es el Estado. Estos secretos los impone él, como entidad cumbre de una sociedad moderna, encargada de mantener y fomentar el bien y orden públicos en el seno de la misma, y de proteger los supremos intereses políticos y militares de la Nación. A su vez, estos secretos del Estado se subdividen, según la clase de intereses que protegen, en: secretos políticos internos; secretos políticos externos; secretos militares internos; secretos militares externos, y secretos administrativos.

b) secretos cuyo sujeto es el individuo. Estos secretos surgen para proteger al individuo. Se pueden subdividir según sea el objeto que se pretende guardar en reserva. De este modo, aquí se ubican el secreto profesional, epistolar, documental, industrial, bancario, etcétera.

Sin embargo, aún cuando estos últimos protegen intereses individuales o privados, siempre quedan enmarcados dentro del principio de orden público. Por lo demás, el secreto en general tiene ese carácter (16).

Hay secretos que no llegan a afectar este orden público, no interesando por tanto al ordenamiento jurídico positivo, pudiendo interesar sí a la Moral. Como ejemplo podríamos pensar en aquellos frecuentes "corridillos" vecinales, en que se descubren secretos ajenos, originados en una curiosidad malsana de ciertas personas.

16.- Antonio Alvarez Roble, obra citada, p. 59.-

Por último, los secretos cuyo sujeto es el individuo se pueden dividir también en: personalísimos, personales, familiares y patrimoniales, dependiendo del grado o del campo de la intimidad que abarquen.

& El secreto frente a la moral.-

10.- Moralidad.- Es innegable la existencia de un orden moral; que contiene normas que a todos nos mandan, y exige a todos y para con todos hacer el bien y evitar el mal, abarcando a todas las actividades humanas.

Este orden Moral, de aplicación universal, debe reducirse a principios concretos. El principio central es hacer el bien evitando el mal, de lo que fluye que nadie puede, sin quebrantar este principio, perjudicar a sus semejantes.

De así como surge un verdadero derecho a exigir de los demás mantengan los secretos, constituyendo éstos un campo sagrado de la persona que es defendido por la Moral.

11.- Aplicación de los principios morales a la clasificación señalada.- Los principios morales invocados en defensa del secreto tienen plena aplicación respecto de las tres clases de secreto señaladas: natural, comiso y promiso.

En el caso de los secretos comiso y promiso no sólo se falta a la honrría de bien al infringirlos, sino tam-

bién a la justicia: hay un quebrantamiento de la promesa dada o de la palabra rigurosamente empeñada.

El secreto natural, por su parte, obliga de suyo, en justicia y caridad: no podemos perjudicar ni desagradar a nuestros congéneres sin un motivo justo.

& El secreto frente al Derecho.-

12.- Previamente: Derecho y Moral.- Según lo dicho anteriormente, la Moral constituye un orden Universal. El Derecho, por su parte, incorpora a su radio de acción deberes morales. En eso consiste su progreso, según Hübner Gallo (17).

Gustav Radbruch dice que la validez del Derecho se basa en la Moral, porque el fin del Derecho se endoreza hacia una meta moral. Según él, "es claro que el derecho no sue de imponerse la misión de servir directamente al cumplimiento de los deberes morales: el cumplimiento de los deberes de la ética es, por la fuerza del mismo concepto, obra de la libertad, que no es posible, por tanto, imponer mediante la coacción jurídica. Ahora bien -dice-, si el Derecho no puede imponer el cumplimiento de los deberes éticos, sí puede hacerlo posible: el Derecho es la posibilidad del cumplimiento de los deberes morales" (18)

De este modo, el Derecho acoge el principio moral que le da carácter sagrado a los secretos humanos, con la limitación de que tengan incidencia directa en el Bien Común,

17.- Jorge I. Hübner Gallo, Manual de Filosofía del Derecho, Editorial Jurídica de Chile, 2da. Edición, Santiago de Chile, pág. 224.-

18.- Introducción a la Filosofía del Derecho, Edo. de Cultura Económica, 3a. Ed., México, 1965, pág. 54.-

que éste resguarda. Por otro lado, y con igual limitación, sancionará coercitivamente su violación.

13.- Tutela jurídica del secreto.- Las violaciones de secretos normalmente afectarán sólo al orden moral; esto es, aquella parte no recogida por el Derecho. El Derecho tutelará aquellos secretos cuya violación sea calificada y que comprometa o interese a la comunidad organizada.

Esta tutela del Derecho se manifestará, así, de dos modos:

a) reconociendo positivamente la existencia del derecho a guardar determinados secretos.

Es el caso del reconocimiento de las diferentes clases de secretos. Así, el secreto de la correspondencia y papeles privados; industrial, profesional, bancario, etcétera.

b) sancionando la violación del deber de guardar determinados secretos. En este sentido existen variadas normas, de índole penal principalmente, cuyo quebrantamiento se manifiesta mediante la revelación de secretos. Ejemplos de estos son numerosos en nuestro Código Penal y otros cuerpos legales.

De estas violaciones, incluso, puede nacer la obligación de reparar daños, si estos fueron causados por culpa o negligencia (Así: artículo 2.413 del Código Civil).

Cuando la violación es calificada, sin importar

si se producen daños, el hecho será punible por tratarse de un acto antijurídico, previsto y penado por la ley.

Resumiendo: los secretos comunes y corrientes sólo afectan a la esfera de la Moral; pero los calificados en tran en el campo del orden jurídico, siendo reconocido por éste el derecho a mantenerlos en tal carácter y sancionando su violación.

PRIMERA PARTE

Estudio doctrinado del Secreto Bancario

CAPITULO PRIMERO

"El Secreto Bancario. Concepto, naturaleza jurídica y fundamentos".-

& Importancia del secreto bancario.-

1.- La función bancaria.- Como forma de comprender la importancia del secreto bancario hoy en día, se analizará brevemente el desenvolvimiento histórico de la función bancaria y de los bancos. "En pocos campos como en el Derecho Comercial existen normas y cláusulas contractuales que no se pueden entender sino históricamente; de ahí la necesidad del estudio histórico" (19).

Históricamente la función originaria de lo que más tarde llamaríamos bancos fue el cambio de monedas (20). Sus precedentes más antiguos se encuentran en Roma, con los "argentarii", que daban y tomaban dinero a préstamo, y les abrían a los particulares una especie de cuenta corriente en un libro

19.- Tullio Ascarelli. Introducción al Derecho Comercial. Editor S.A. Editores. Buenos Aires. Argentina, 1958. pág.35 y 36.-

20.- Se dice que al comerciar con las monedas las colocaban sobre una mesa o banco, y de ahí el nombre de "comercio de banca", que aún se conserva. Así: Gabriel Avilés Cucurella y José Ma. Pon de Avilés. Derecho Mercantil. J.Ma. Bosch Editor. Tercera Edición.Barcelona. 1959. pág.322. (Sin embargo, algunas enciclopedias dicen que proviene de la expresión germana "bank").-

llamado "xalendarium"; estos verdaderos precursores de los modernos bancos tenían como principal obligación llevar contabilidad, cuyo examen general estaba prohibido (21).

Durante la Edad Media se desarrolla notablemente el negocio cambiario con los "cambreses", quienes también se dedicaron a los depósitos y préstamos; aunque, fruto de la inquisición que prohibió el préstamo a interés so penas severísimas, se limitaron más tarde a su antigua función cambiaria.

Los primeros bancos, como modernamente se los concibe, se establecieron en el Norte de Italia (verbigracia, Venecia en 1156), y luego se fue extendiendo esta función a distintas partes del mundo. Con el transcurso del tiempo los bancos se fueron dedicando a otras operaciones además del cambio: giros, descuentos, préstamos, depósitos, etc, transformándose poco a poco a lo que son hoy en día en toda su dimensión: entes que especulan con el dinero, actuando como intermediarios del crédito. Esto lo realizan mediante toda una gama de "operaciones bancarias".

Se afirma que todo el movimiento de riqueza que ha significado "el perfeccionamiento jurídico de los títulos-valores, la mayor complejidad de las relaciones económicas y financieras, el crecimiento geométrico de la producción industrial y el correlativo desarrollo del comercio y de todas las restantes actividades ligadas, de una u otra manera, a dichos factores,

21.- Sobre la prohibición: Enciclopedia Jurídica Española. Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910. Tomo IV y V refundidos, palabra Banco, p. 54.-

se ha realizado mediante la intermediación de los bancos (22). De este modo, los bancos se han constituido en el centro de toda la actividad económica contemporánea, a tal punto que se dice que sin su intervención ni siquiera podríamos envanecernos de los progresos industriales que son el orgullo de los modernos tiempos.

2.- Relación cliente-banco.- Nos referiremos ahora a otro aspecto del asunto bancario: a la relación del banco con los particulares.

Según ya se ha dicho en la Introducción, el hombre, por su propia naturaleza, necesita comunicarse; y, aún más, necesita de confidentes.

De este modo, el hombre revela a diario secretos propios a sus semejantes, siendo este comportamiento además de frecuente, natural. Su razón: la conciencia primaria del derecho al secreto, junto con la de la correlativa obligación del otro o guardarlo.

Ahora, en el aspecto patrimonial o económico, se debe aplicar este mismo comportamiento, por ser una faceta más de la existencia del hombre moderno, y es aquí cuando entra en contacto con las instituciones bancarias. El hombre le revela al banco todos sus secretos patrimoniales o económicos: su fortuna, los constantes cambios de ella; sus proyectos en rela

22.- Juan Carlos Malagarriga, El Secreto Bancario, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, pág. 9.-

ción a la misma, sus necesidades económicas, etc.

De este modo, por los servicios que el banco presta y la variedad de operaciones que efectúa por y con los particulares, al banquero le es posible penetrar profundamente los secretos de las personas, en su aspecto patrimonial o económico.

3.- Consecuencia e importancia práctica.- Lo dicho trae como necesaria consecuencia aceptar como una realidad evidente la existencia de secretos patrimoniales o económicos de los particulares en manos del banquero.

Así lo han entendido siempre todos los bancos, desde su nacimiento mismo. Y a esta reserva se le ha llamado "secreto bancario": al banco le son revelados secretos por los clientes, los cuales él debe mantener en su calidad de tales.

Tan vinculante se ha considerado este instituto por los propios bancos, que siempre, por ellos y por los particulares, se lo ha tenido como sus principales obligaciones. Ello, por lo demás, aparece como obvio desde que afecta íntimamente la relación cliente-banco.

De aquí fluye su gran importancia práctica: al afectar de tal modo dicha relación, el quebranto del secreto traería aparejado el cese de las mismas por el incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, pudiendo incluso exi

girse indemnización de perjuicios.

Además, si el banco deja de cumplir esta consuetudinaria obligación -a la que nosotros le encontraremos fundamentos jurídicos- los clientes perderán la necesaria confianza en ellos. Así, su cumplimiento se convierte entonces en garantía del correcto funcionamiento del sistema bancario, tan importante para el desarrollo de la economía.

4.- Importancia de su estudio.- Más allá de reconocer al secreto bancario como importantísimo en las prácticas bancarias, se nos presenta, en sí, como una institución digna de un serio estudio, que trate de conceptualizarlo, fundamentarlo y verificar su reconocimiento jurídico en nuestro medio, como buscar en él sus límites y alcances. Lamentablemente entre nosotros no se le ha dado la importancia que merece.

Como se dice, esta no es una cuestión de "laboratorio jurídico", debiendo dársele importancia, ya que la postura que adoptemos sobre el tema es, en definitiva, no sólo una actitud ante el tema en concreto, sino lo que es más importante: "constituye una actitud ante los derechos y obligaciones del individuo; es una actitud ideológica" (23).

Mirado así, es una cuestión que se proyecta hacia los principios básicos de las relaciones jurídicas, lo que se verificará nítidamente al buscar una fundamentación jurídica

23.- Rafael Jimenez de Parga Cabrera, El Secreto Bancario en el Derecho Español, en: Revista de Derecho Mercantil, España, n^o 113, 1969, p. 380.-

ca a este instituto, y al revisar las posturas adoptadas por los diferentes autores.

Mas aún, como en nuestro derecho no hay un reco
nocimiento claramente expresado y en todo su alcance del secre
to bancario, mediante un estudio del mismo se puede determinar
-o intentarlo por lo menos- su contenido y límites, apoyándose
en principios generales establecidos por el mismo Derecho, y
haciendo más claro este -para algunos difuso- secreto bancario.

& Concepto de secreto bancario.-

5.- Definición académica.- Al principiarse este trabajo se co-
pió la definición de secreto, a secas, que contempla el Diccio
nario de la Lengua de la Real Academia Española. Siguiendo la
doctrina jurisprudencial, ya citada también, que acepta como
válido para nuestra legislación dicho concepto, secreto banca
rio sería entonces -como también lo afirma, en principio, Juan
Carlos Malagarriga (24)- "lo que cuidadosamente tienen reserva
do y oculto los bancos". Pero, como él mismo lo apunta, dicho
concepto resulta insuficiente frente a la conformación especial
que presenta esta reserva y ocultamiento en el ámbito bancario.
Es necesario, por lo tanto, esbozar alguna definición que se a
decúe, sin perder de vista aquél concepto general.

Pocos autores aportan una definición. Citaremos
las aportadas por la doctrina, y luego esbozaremos la nuestra,

24.- op. cit., pág. 13.-

que llamaremos "predefinición". Creemos que es necesario previamente dar un concepto más o menos claro de lo que se entiende por secreto bancario, obviando la dificultad que podría nacer al carecer de una noción previa de lo que se estudiará.

6.- Diferentes definiciones.- Entre nosotros, Juan Pinto Lavín, propone como concepto del secreto bancario el siguiente: "es 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" (25).

Para Juan Carlos Malagarriga 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" (26).

Según el autor alemán Sichtermann, por "derecho al secreto bancario se entiende el derecho correspondiente a la obligación del banco de no dar ninguna información, sea sobre las cuentas de sus clientes, sea sobre aquellos hechos ulteriores que haya llegado a conocer en razón de sus relaciones con el propio cliente" (27).

Para Rafael Jiménez de Parga Cabrera, secreto bancario es "el conocimiento que posee con exclusividad un ban-

25.- El Secreto bancario, Distribuidora Universitaria Chilena Limitada, Santiago de Chile, 1980, p. 7.-

26.- op. cit. pág. 15.-

27.- citado por J.C. Malagarriga, op. cit., pág. 14.-

co en relación con las operaciones que con él realiza un cliente" (28).

El autor mexicano, Octavio A. Hernández, ha definido el secreto bancario como "el deber jurídico que tienen las instituciones de crédito y las organizaciones auxiliares y sus empleados de no revelar ni directa ni indirectamente los datos que lleguen a su conocimiento, por razón o con motivo de la actividad a la que están dedicados" (29).

Francesco Messineo, en su Manual de Derecho Civil y Comercial, dice que el secreto bancario "debe entenderse en el sentido de que, respecto de todas las relaciones que se establecen entre el banco y el cliente, o en las operaciones que el banco realiza con terceros, en interés y por cuenta (aun que no sea en nombre) del cliente, dicho banco debe observar el deber de reserva, y no revelar a terceros su naturaleza y su importancia; y no puede dar sobre el cliente informaciones que no sean genéricas, salvo que se trate de peticiones procedentes de otro banco" (30).

Por último, encontramos también un concepto de secreto bancario en el Manual de Consultas Tributarias, órgano oficial de la asociación de fiscalizadores y ex inspectores del Servicio de Impuestos Internos, que repite lo dicho en el considerando primero del voto de minoría de la sentencia

28.- Obra citada, pág. 382.-

29.- Derecho Bancario Mexicano, Tomo I, pág. 130; citada por Mario Bauche Garcinadiego, Operaciones Bancarias, activas, pasivas y complementarias, Editorial Porrúa S.A., 2da. edición, México, 1974, pág. 360.-

30.- Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, Tomo VI, pág. 129.-

recaída en el caso Banco O'Higgins, sobre el tema, y que analizaremos en la segunda parte. Dice: "el llamado "secreto bancario" no es otra cosa que la práctica con que las instituciones de ese giro manejan en reserva, frente a los particulares, las operaciones que les encomiendan sus mandantes, habida consideración a la discreción y prudencia con que esas personas cuidarían personalmente de sus bienes económicos, como consecuencia de los atributos del derecho de dominio y de su natural acuciosidad" (31).

7.- Nuestra definición.- Nos atrevemos a proponer, frente a nuestro derecho la siguiente definición: El secreto bancario es una institución de Derecho bancario, fundamentada en el derecho de la personalidad de privacidad en sus aspectos económicos, y en virtud de la cual los bancos están obligados a mantener estricta reserva sobre todos los antecedentes de sus clientes, que hayan conocido como consecuencia de sus relaciones con éstos; obligación que se conserva en el tiempo más allá de la cesación de dichas relaciones; a menos que una justa causa justifique su revelación.

No obstante haber realizado este intento, que llamaremos mejor -como lo hace Juan Carlos Malagarriga con su definición (32)- preconcepto, ya que sus elementos y caracteres se definirán sólo después del estudio exhaustivo de la materia frente a nuestro Derecho. Pero creímos necesario hacerlo, co-

31.- Abril de 1993, año VI, n.º 64, pág. 8.271.-

32.- Obra citada, pág. 15.-

no se dijo, para evitar no tener luz alguna de lo que se verá más adelante.

& Naturaleza Jurídica.-

9.- Distinción previa.- La cuestión de naturaleza jurídica que se analizará debe distinguirse claramente de lo que es el fundamento del secreto bancario. En doctrina se puede observar una confusión en el tratamiento de ambas cuestiones. Determinar la naturaleza jurídica de una institución importa adscribir la "a una de las categorías jurídicas elaboradas por la Ciencia del Derecho, con la finalidad de aplicar a la parcela de la realidad analizada la disciplina jurídica que por su naturaleza le corresponde" (33). Por otro lado, determinar su fundamento significa determinar la base sobre que se apoya la institución.

Así, ahora determinaremos qué es el secreto bancario en términos jurídicos; dependiendo ello -obvio- de la aceptación que le haya prestado el Derecho.

9.- El secreto bancario como deber moral.- Siguiendo a Jiménez de Parga (34), podemos decir que la primera naturaleza jurídica posible del secreto bancario es constituir un deber moral. De este modo, volvemos al campo moral, ya analizado en la Introducción respecto del secreto en general. Así: el banco tiene el deber moral de no revelar los secretos de sus clientes; las

33.- Manuel Brosseta Pont, cit. por J.C. Malagarriga, op. cit., pág. 15.-

34.- Op. cit., pág. 384.-

razones son dos: en primer lugar, el cliente no le interesa que los demás se informen de su patrimonio ni de los movimientos de éste; y, en segundo lugar, el banco debe salvar su reputación cumpliendo este deber moral. El banco evitará mediante la observancia de esta norma moral "la reprobación o desestimación social, que constituyen su sanción" (35).

Por lo demás, y según ya se dijo respecto del secreto en general, en su raíz el secreto bancario es un deber moral que el Derecho concretará o no en norma jurídica, según la recepción que le preste; si la recepción es positiva, y lo transforma en deber jurídico, no le restará su raíz primitiva, sino más bien se la fortalecerá (36).

10.- El secreto bancario, jurídicamente, como deber u obligación.- Dijimos anteriormente, en la Introducción, que el Derecho tutela al secreto. Del mismo modo tutela al secreto bancario, como una de sus manifestaciones, recibéndolo desde el campo moral, transformándolo en un "deber" u "obligación" de carácter jurídico.

Esto significa, por un lado, que existe un derecho subjetivo de alguien a exigir este secreto bancario; y, por otro, la obligación o deber de respetarlo. El no hacerlo pondrá en acción los mecanismos propios del Derecho: una sanción civil o penal.

35.- Así: Francesco Messineo, obra citada, página 31.-

36.- Jimenez de Parga, op. cit., pág. 385.-

Esta obligación jurídica en el caso que nos ocupa recae sobre el banco, que está obligado en su virtud a guardar en reserva todos aquellos datos o noticias que el secreto bancario envuelve.

Así, como el ordenamiento jurídico al contemplar deberes u obligaciones lo hace a través de leyes -expresión entendida en sentido amplio-, ésta sería su naturaleza jurídica: ser una obligación legal (37); naturalmente comprendiendo en esta expresión a la Constitución Política del Estado.

& Fundamento del secreto bancario.-

11.- Ideas previas.- El tema que se tratará además de ser estrictamente teórico es de una gran importancia práctica; más allá del interés puramente teórico debe reconocerse que su claridad se reflejará con evidente utilidad en el terreno práctico.

Ya dejamos planteada al principio del párrafo anterior la diferencia de la cuestión de naturaleza jurídica con el fundamento del secreto bancario; y del análisis de esa cuestión determinamos que el secreto bancario es una obligación jurídica, o, más propiamente, como dijimos, una obligación legal; por lo que constituye una obligación para el banco su observancia.

El intento que se inicia aquí es determinar el

37.- Así: Juan Pinto Lavín, op. cit., pág. 8.-

fundamento de esta obligación: dónde radica, el porqué de esta obligación.

A pesar de lo criticable que ello significa para la fluidez de un trabajo de esta naturaleza, expondremos, como se dice, un verdadero "repertorio de tesis ya expuestas", y ello movidos por dos razones: una, que de este modo podremos justificar nuestra posición frente a nuestra realidad; y, otra, porque ello será de evidente utilidad, ya que dentro de la doctrina nacional no hemos encontrado ni un sólo texto que analice este punto con la debida dedicación. Ello quizá explica lo vacilante que ha sido nuestra jurisprudencia al respecto. Creemos, por último, que el no tener claridad en este punto esencial ha llevado a muchos a desconocer la existencia jurídica de esta institución en sus verdaderas dimensiones; o ha llevado a basarla en fundamentos muy equivocados para nuestro Derecho.

Expondremos a continuación las diversas doctrinas creadas por los autores, y los argumentos con que las sustentan; luego nuestras críticas, y, al final, esbozaremos nuestra posición.

12.- Distintas tesis expuestas.-

1ª Tesis. Fundamento contractual.- Los autores que sustentan este criterio opinan que es la ley del contrato el fundamento

de la obligación al secreto bancario. Para ellos este deber de secreto estaría tácitamente pactado en el contrato, cualquiera que fuese, suscrito entre cliente y banco.

Así, la violación del secreto implicaría un incumplimiento contractual, con las consecuencias que de ello se deriva (indemnización de perjuicios, por ejemplo).

a) el autor alemán Schaefer concibe la obligación de guardar secreto como un deber accesorio (Nebenpflicht), en línea con los deberes secundarios del contrato (38). El dice que "entre los legítimos deseos del cliente figura, en primer lugar, el del secreto de la situación patrimonial y de sus negocios, sobre los cuales está obligado a conceder un derecho de inspección cuyo conocimiento le confía en virtud de su calidad de consejero. 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 él, de su cliente, no puede decirse que se trata de una simple condescendencia de su parte, sino de ejecución de una obligación que le incumbe, ya que está ligado no solamente por todo lo que ha prometido expresamente en el contrato a su cliente, sino obligado además a comportarse del modo como debe comportarse todo buen banquero según la costumbre y la buena fe" (39). Así, para él el secreto bancario sería la "ejecución de

38.- Citado por Jiménez de Parga, op. cit, pág. 393.-

39.- *Ibidem*.-

una obligación" accesoria, que se sitúa al lado del deber principal objeto del contrato. Según Renzo Morera (40), en el derecho germánico, aún cuando se han sostenido otras posiciones, ésta es la predominante.

b) sustenta la misma posición en segundo lugar, la judicatura inglesa, quien acogió esta tesis a partir del caso "Curmieu v. National Provincial and Union Bank of England" del año 1924 (41). En este fallo se sostuvo que el deber al secreto bancario era legal, como derivado del contrato, decidiéndose que "sobre el banquero pesa un deber contractual de secreto implícitamente convenido en la relación que mantiene con su cliente", lo que obligaría al banquero a observar discreción sobre la cuenta de su cliente y sus operaciones.

c) para el autor italiano Giacomo Molle (42) el secreto bancario ha alcanzado la categoría de uso mercantil, y, como tal, rige los contratos en tanto puede incorporarse a los mismos por imperio del artículo 1.375 del Código Civil italiano. Este establece que el contrato obliga a las partes no sólo por lo expresado en él, por lo que, en consecuencia, debe considerarse como tácitamente comprendido en él la obligación impuesta por el uso a los bancos de no comunicar a terceros los he-

40.- Citado por J.C. Malagarriga, obra citada, pág. 20.-

41.- Este fallo es citado por: Jiménez de Forga, op. cit., pág. 349; Malagarriga, op. cit., pág. 20; Jorge Labanca, El Secreto bancario, en: Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1968, Tomo II, n.º 3.010, Sección doctrina, pág. 2; y, Joaquín Garrigues, La operación bancaria y el contrato bancario, en: Revista de Derecho Mercantil, España, 1957, n.º 66, pág. 273.-

42.- Citado por Jorge Labanca, op. cit., pág. 2; y por J.C. Malagarriga, op. cit. pág. 18.-

chos del cliente que lleguen a su conocimiento en virtud de dicha relación contractual.

d) sustenta esta misma posición el autor italiano Carlo Folco (43).

...

Todas estas tesis llegan a la siguiente conclusión: la revelación del secreto bancario importa la violación de una obligación contractual y da lugar a la acción resarcitoria. (44).

Crítica: Esta teoría no nos parece suficiente fundamento del secreto bancario y merece objeciones. Da la impresión que siempre quedaría un fundamento por dilucidar, a saber: ¿cuál es, a su vez, el fundamento de ese deber contractual? No creemos que baste la voluntad de las partes, ya que el fundamento va más allá de ellas. Además, no todos los contratos contienen una cláusula que regule el secreto bancario, y el recurrir al expediente de estimar que se trata de una cláusula tácita no dilucida del todo el problema, resurgiendo la interrogante planteada al principio.

En Chile, esta teoría encontraría asidero legal en el artículo 1.546 del Código Civil.

Si bien puede incluirse esta obligación de reserva en los contratos éste no es su fundamento. Ello quizá

43.- Citado por J.C. Malagarriga, ídem.

44.- Así: Jorge Labanca, op. cit., pág. 2.-

podría hacer más claro el derecho al resarcimiento de perjuicios en caso de quebrantarse dicho pacto por el banco, pero en modo alguno, repetimos, explica su fundamento.

2ª tesis. La responsabilidad del banquero.- Esta teoría es sustentada por el autor italiano Santini (45), que no admite la existencia del deber contractual de secreto y, forzado a justificar el resarcimiento del damnificado por la revelación, ha recurrido a la responsabilidad extracontractual. Para ello, admite, en primer lugar, que es posible que el secreto bancario tenga por objeto relaciones no contractuales; admite en seguida que se relaciona con usos, cuya violación suarrearía la responsabilidad del artículo 2,433 del Código Civil italiano, que establece: "Resarcimiento por actos ilícitos. Cualquier acto de lesa o culoso que produzca a otro un daño injusto, obliga a quien ha realizado el acto a resarcir el daño". Según Santini el secreto se deducirá de una cláusula tácita, más el secreto, según él, no puede ser encuadrado en una determinada categoría: contractual o extracontractual, derivándose, concluye, la responsabilidad de un acto ilícito que produjo daño.

Crítica: Al parecer, como se dijo, lo único que ha hecho este autor es buscar un fundamento a la acción resarcitoria, pero no al secreto bancario como tal. Creemos que su enfoque es errado, ya que la responsabilidad del banquero es una consecuencia del incumplimiento de una obligación (el secreto), cuyo

45.- Citado por Jorge Labanca, op. cit., pág. 2, y por Ciránz de Farga, op. cit., pág. 395.-

fundamento se trata de buscar. No es válido buscar el fundamento de una obligación, al menos teóricamente, en las consecuencias de su incumplimiento; este es otro asunto muy diferente, que quizá sea válido para otros fines, pero en todo alguno explica el fundamento del secreto bancario.

3º El secreto profesional.— Para muchos el secreto bancario tiene por fundamento un deber profesional. De este modo, se iguala al banquero con el sacerdote, con el abogado, con el médico; tiene para ellos el deber de guardar un secreto profesional. De los que así piensan, se mencionará a los más representativos.

a) en México, el autor Bernardo Supervielle Saavedra, citado por Mario Bauche Garcíadiego, y él mismo, que sigue al anterior, son partidarios de esta posición. Dice Supervielle que el secreto bancario es una manifestación específica del secreto profesional que "se funda en la protección de la libertad individual", vinculando así esta garantía con su fundamento (que como veremos, es lo correcto). Para él desde el punto de vista del ejercicio de la profesión de banquero "constituye una condición para que las relaciones entre el cliente y el banco se puedan desarrollar en forma eficiente, por cuanto la mayoría de los negocios practicados en el ámbito de esta actividad están basados en la confianza recíproca" (46).

b) el autor francés Hamel (47) basa el secreto bancario en la

46.- M. Bauche Garcíadiego, op. cit., pág. 358.-

47.- citado por: J.C. Valagarriga, op. cit., pág. 23; por Jiménez de Parga, op. cit., pág. 394, y por Jorge Iribarne, op. cit., pág. 2.-

existencia de un simple deber profesional. El artículo 378 del Código Penal francés establece determinadas penas para quien viola el secreto profesional (48). Hamel se pregunta si el banquero o empleado de la banca debe figurar entre las personas a quien se le confía un secreto profesional; y contesta afirmativamente. "el banquero, dice, y el empleado de banca que conocen la situación de la fortuna de los clientes y sus operaciones financieras, generalmente desconocidas por otras personas, deben ser comprendidos dentro de la fórmula del artículo citado". Enlaza esta tesis con la general opinión de que el banquero es un profesional (hace vida de su profesión), y como tal tiene un estatus jurídico determinado del que se derivan unas obligaciones concretas; y una de ellas, cabalmente, según él, es la obligación profesional de guardar secreto respecto de los datos que conozca como consecuencia de su estado o profesión.

c) Sigue esta misma posición Pierre Gulphe, quien caracteriza la noción del secreto profesional del banquero como íntimamente ligado a la cualidad de confidente necesario. Según él, como el artículo 378 del Código Penal francés, ya citado, sólo da una enumeración limitativa de las personas sujetas al secreto profesional, "le corresponderá a los Tribunales en cada caso de

48.- Este artículo condena a "los médicos, cirujanos y a otros profesionales de la salud, los farmacéuticos y parteras, y de una manera más general, a todas las otras personas depositarias, por relación o profesión, o por funciones temporales o permanentes, de los secretos que se les confía, que revelasen esos secretos, excepto el caso en que la ley los obliga o los autoriza a ser delatores". Transcrito de Pierre Gulphe, "Le secret professionnel de banquier en droit français et en droit comparé"; en: Revue Trimestrielle de droit commercial, Francia, enero-marzo 1949, n.º 1, pág. 9.-

persecuciones por revelación de secretos, decidir si, según las circunstancias del caso, el inculcado debe ser considerado o no como sujeto a esta obligación en razón a la naturaleza de su profesión", y agrega que "según una jurisprudencia abundante y firmemente establecida, esta obligación incumbe solamente a las personas cuya situación designa a terceros como confidentes necesarios" (49)

d) esta misma posición ha adoptado la jurisprudencia francesa a través de numerosos fallos aún recientes, cuyo análisis se hará en el segundo capítulo de esta primera parte.

e) en Italia podemos mencionar muchos autores como partidarios de fundar el secreto bancario en el secreto profesional. Así: Battaglia; Crespi; Orlandi; Micheli; Montesano; Menetti Ippolito; Putino (50); Giovanni Goisis (51) y Messineo (52). Este último dice que el secreto bancario sería una "subespecie del secreto profesional". Además se cita al Tribunal de Florencia, que en sentencia de 20 de abril de 1954 se habría apoyado en esta fundamentación en un caso referente al secreto bancario (53). Como representante de este grupo, reproduciremos la opinión de Crespi: según él la tutela del secreto bancario debe entenderse comprendida en el artículo 622 del Código Penal Italiano, que pena la revelación del secreto profesional. Para él "por secreto profesional no debe entenderse sólo el secreto

49.- Obra citada, pág. 8 a 54.-

50.- Todos citados por Jiménez de Parga, obra citada, pág. 395.-

51.- citado por J.C. Malagarriga, op. cit., pág. 18.-

52.- Obra citada, pág. 129.-

53.- Citado por Jiménez de Parga, op. cit., pág. 395.-

del profesional (en sentido restringido), sino, más generalmente, el secreto inherente a determinada actividad", lo que permitiría a su parecer incluir al precepto la actividad bancaria (54).

f) en Alemania, algunos autores, como Wolff, Jellinek y Finger (55), consideran al secreto bancario como un secreto profesional, que se encontraría comprendido en las normas respectivas del Código Penal alemán.

g) las legislaciones de Suiza y El Líbano se pronuncian expresamente por el carácter profesional del secreto a que están sujetos los banqueros. En el segundo capítulo se analizará dichas legislaciones.

h) en Chile podemos citar como partidario de esta posición a Alvaro Puelma Accorsi (56), que afirma que el secreto bancario tiene, entre otros, su fundamento en el secreto profesional que el banquero debe mantener en su calidad de tal; secreto que -según él- nuestra legislación reconoce en forma general en el artículo 201 n^o 2 del Código de Procedimiento Penal.

i) también en Chile, sustenta esta opinión la Fiscalía del Banco del Estado, que hace equivalente la expresión "secreto profesional" a "secreto estadístico", reserva esta última a la que está sometido por ley dicho banco.

54.- Citado por J.C. Malagarriga, pág. 21.-

55.- Citados por J.C. Malagarriga, op. cit. pág. 22.-

56.- Estudio Jurídico sobre operaciones bancarias, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971, pág. 38.-

Dicha Fiscalía se refiere a este instituto como "secreto bancario, profesional y/o estadístico" (57).

...

Crítica: Esta teoría no tiene asidero ante nuestro Derecho, ya que no hay norma alguna que imponga el secreto a los banqueros, como profesionales. Mal podría hacerlo, ya que en nuestro país no se puede hablar de una profesión de banquero; ella no existe. Además, esta obligación pesa sobre todas las personas que laboran en un banco, muchas de ellas estando muy lejos de ser profesionales, en el verdadero sentido de la palabra.

Es indiscutible en países como Suiza y El Líbano, donde hay norma expresa en tal sentido: esto es, someter a los banqueros al secreto profesional.

En Italia (que no tiene norma expresa al respecto), así como hay muchos partidarios de esta tesis, del mismo modo, hay varios opositores. Así Molle (que fundamenta esta obligación en el uso), niega la validez de dicha tesis, ya que según él el artículo 622 del Código Penal Italiano -donde los otros buscan apoyo- "presupone en el profesional una situación personal particular excluyente de su extensión analógica", donde no estaría el banquero, por lo tanto (58). Del mismo modo, Polco critica esta posición sosteniendo que "si bien el banquero llega a conocimiento de hechos y noticias relacionadas con

57.- Dictámenes n.º 30.439 de 28.9.77 y n.º 30.496 de 22.2.78.-

58.- Citado por J.C. Valagarriga, obra citada, pág. 21.-

los clientes en el ejercicio de su actividad, en forma no diversa de la que se verifica en la normalidad de los casos para todos los profesionales a los que la ley penal impone el secreto, éstos ejercitan su actividad en forma individual, mientras que el banco lo hace en forma compleja, de manera que la obra del individuo como tal desaparece" (59).

Para Joaquín Garrigues, en cuanto al Derecho Español, esta teoría no es convincente (60).

Entre nosotros también critica esta posición Luis Morand, ya que para él el secreto profesional "es algo propio de las profesiones liberales, que se ejercen por personas naturales y que requieren título universitario. Los bancos son personas jurídicas y no existe título de banquero". Agrega que aún cuando existiera título profesional de banquero, debe recordarse que el secreto bancario no sólo afecta al banquero propiamente tal, sino a todas las personas que laboran en el banco, en forma muy similar a lo que afirmábamos al principio (61).

4º El uso.— Un gran sector de la doctrina estima que el fundamento del secreto bancario se encontraría en el uso, esto es, sería el resultado de una efectiva observancia al través de los años.

a) encabeza esta posición, por su autoridad, el profesor espa

59.- *Ibid.*, pág. 22.-

60.- *Obra citada*, pág. 273.-

61.- El secreto bancario, en: Aspectos legales del sector financiero, Instituto de estudios Bancarios Guillermo Subercaseaux, Santiago, 1981, pág. 161.-

ñol Joaquín Garrigues. El dice: "en nuestra opinión, el fundamento del deber de secreto que tienen los bancos hay que buscarlo en normas usuales de general vigencia, y el fundamento, a su vez, de este uso bancario hay que buscarlo en la naturaleza del contrato bancario como una relación de confianza" (62). Según él no falta base para esta concepción en el Derecho positivo español: "en efecto, siendo el contrato bancario un contrato mercantil, queda sometido a las normas de interpretación que para los contratos mercantiles señala el artículo 57 del Código de Comercio. Y en este precepto destaca el elemento de la buena fe como criterio de interpretación y ejecución. Prohíbe el artículo 57 restringir los efectos que naturalmente se derivan del modo con que los contratantes hubieran explicado su voluntad y contraído sus obligaciones. Y por su parte, el artículo 1.258 del Código Civil, en el que aparece de nuevo el elemento de buena fe, también nos dice 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. De la combinación de estos preceptos legales podemos sin esfuerzo, llegar a la conclusión de que es conforme a la buena fe y al uso en el contrato bancario el deber de observar el secreto, y que este deber de elemento de interpretación se ha ido elevando poco a poco a la categoría de uso mercantil interpretativo, y en tal concepto rige hoy todo el sistema de

62.- Obra citada, pág. 274.-

la contratación bancaria como norma tradicional de lealtad y de buena fe que los bancos asumen sin necesidad de que ningún texto legal se lo imponga expresamente" (63).

b) se ubica también en esta posición una parte de la doctrina italiana, como: Rubini; Molle; Weiller; Giannastasio; Pratis; Proto Pisani; Folco, y Goisis (64). Francisco Messineo, que lo vimos partidario de considerar el secreto bancario como fundado en un deber profesional, dice que "probablemente el fundamento de la obligación al secreto bancario reside en un uso" (65). De entre los citados, Carlo Folco, argumenta que este uso lo integra el contrato bancario a través del artículo 1.374 del Código Civil italiana, según el cual el contrato obliga a las partes no sólo en cuanto a lo expresado en él sino también a todas las consecuencias que deriven, según la ley o, a falta de ésta, según la equidad (66).

c) en Chile también se ha dado este fundamento: Alvaro Puelma Accorsi opina que la obligación de guardar el secreto bancario puede y debe ser sustentada en la costumbre mercantil (67).

...

Crítica: Creemos que fundamentar el secreto bancario, esto es, determinar el porqué de su obligatoriedad, en el uso, significa confundir cuestiones. Es muy cierto que el secreto bancario,

63.- Idem., pág. 275.-

64.- Todos citados por Jiménez de Parga, op. cit., pág. 396.-

65.- Obra citada, pág. 129.-

66.- Citado por J.C. Malagarriga, op. cit., pág. 18.-

67.- Obra citada, pág. 38.-

en muchos países y en el nuestro, ha sido sancionado por un uso uniforme, que ha llevado a constituirlo en categoría reconocida por el Derecho. Pero el uso es un antecedente de la costumbre, que se acerca más a su naturaleza jurídica; por lo que jamás podrá explicarnos el porqué de su obligatoriedad.

5º la buena fe o confianza.— Se ha dicho también que el fundamento del secreto bancario estaría en la buena fe, en la confianza en el banquero.

a) así, Garrigues, a pesar de ser partidario de buscar el fundamento en el uso, fundamenta a su vez —como ya se dijo— éste en la buena fe, diciendo que el contrato es una relación de confianza. Según el propio Garrigues, a esta orientación no es ajena la jurisprudencia inglesa que, en el caso citado —*Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*— de 1924 dijo que las relaciones entre el banquero y su cliente son de aquellas en las que el carácter confidencial tiene gran importancia. Citando además Garrigues la expresión que usan los ingleses al respecto: "fiduciary relationship" (68).

b) en esta misma posición se ubican los italianos Velotti (69) y Greco (70). Aquél, que en principio admite como fundamento del secreto bancario al uso, fundamenta dicha aceptación en la "naturaleza y en la importancia económica del servicio bancario y en el carácter eminentemente fiduciario de la actividad bancaria, aún si ninguna disposición de la ley lo sancione expresa y

68.— Obra citada, pág. 274.—

69.— Citado por J.O. Malagarriga, op. cit., pág. 19.—

70.— Citado por Joaquín Garrigues, op. cit., pág. 274.—

y directamente".

c) entre nosotros opina así Juan Pinto Levín; según él "el fundamento último del secreto bancario está en la relación de especial confianza que ha caracterizado al comercio del dinero desde su nacimiento y que constituye uno de sus elementos necesarios y distintivos, pues, va más allá de la confianza recíproca que suponen otras relaciones y los contratos en general y obliga a los bancos a tomar todas las providencias y medidas necesarias para mantenerla". Para él la mayor parte de los fundamentos que nos dan los distintos autores no son sino manifestaciones o consecuencias de la confianza que, a su parecer, es su verdadera base (71).

d) Para Luis Morand, también el secreto bancario protege "la confianza que una persona deposita en un determinado banco con el que tiene que tratar" (72).

Crítica: Es verdad, como se afirma, que la buena fe es elemento característico de la contratación bancaria (como en toda contratación); pero creemos que no es correcto vincular esta buena fe o confianza con el fundamento del secreto bancario. La confianza es un problema de ejecución del contrato, plenamente válido para esa fase, pero la buena fe no explica por sí sola el porqué de la obligatoriedad del secreto de los bancos.

6º Derecho de propiedad.- Es en nuestro país donde se le ha

71.- Obra citada, pág. 8.-

72.- Obra citada, pág. 161.-

dado éste por fundamento al secreto bancario. Así, la Superintendencia de Bancos, conjuntamente con la Dirección de Impuestos Internos, en Circular de 1929, dijo que "la obligación del secreto bancario no está consagrada por disposición alguna expresa de nuestros Códigos, pero se deriva de todo el sistema legal y es una de las consecuencias del derecho de propiedad. Este derecho no reconoce mas limitaciones que las que establecen 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 pueden formar parte del patrimonio de una persona; y uno de los atributos del dominio lo constituye, sin duda, la facultad exclusiva del dueño de permitir o impedir a terceras personas que se impongan de sus negocios".(73)

Este mismo fundamento, citando dicha circular, aceptan Alvaro Puelma Accorsi (74), y la Corte Suprema en fallo de 2 de abril de 1961, (Recurso de protección del Banco O'Higgins), sin argumentar demasiado, y que veremos en la segunda parte de este trabajo.

Crítica: Esto no es más que una nueva manifestación de algo muy común en doctrina: tratar de generalizar el derecho de propiedad, a tal punto de comprender dentro de él a todos los demás derechos. De este modo, se tiene sobre los secretos un derecho de propiedad, con todas sus derivaciones. En última instancia, técnicamente, podrá aparecer como válida tal doctrina,

73.- Circular n.º 92 de 27 de marzo de 1929, en: Normas Crediticias Chilenas, Contable Chilena Editores, pág. 236-59.-

74.- Obra citada, pág. 39.-

pero mediante este mecanismo de reducir todos los demás derechos al de propiedad, se evitaría siempre cualquier discusión jurídica relativa al fundamento de algún derecho u obligación correlativa.

7^o Derechos de la personalidad.- Para muchos autores el secreto integra los derechos de la personalidad, o derechos humanos, según otros; y el secreto bancario sería una manifestación de aquél, que el banco estaría obligado a respetar por la especial protección que la ley les presta.

a) el autor Esteban Cottely (75), dice que la infracción a la reserva está reglada por principios de derecho privado relativos a la responsabilidad cuasidelictual, los que serían aplicables porque el Derecho al secreto es de orden natural y pertenece a los derechos humanos, consagrados por las modernas constituciones.

b) en Argentina, Juan Carlos Malagarriga es de esta opinión, y sostiene "que el fundamento del secreto que se asegura a las operaciones bancarias estaría en la circunstancia de que es una simple particularización del "derecho a la inviolabilidad de la personalidad", referido, concretamente, al conjunto de actos realizados por la persona con un banco" (aunque para él esto, siendo válido, es insuficiente, ya que como se verá armoniza esta fundamentación con otra: la defensa del desarrollo

75.- Citado por J.C. Malagarriga, op. cit., pág. 23.-

de la actividad bancaria). El encuentra apoyo a su argumentación en la exposición de motivos de la ley argentina n^o 18.061 (que en sus artículos 33 y 34 consagra expresamente el secreto bancario), al decir ésta que la obligación al secreto "tendría su origen en las normas constitucionales que aseguran la inviolabilidad de los papeles privados y protegen la libertad individual" (76).

c) en Alemania, Redeker y Richter mann (77), sostiene que el derecho al secreto integra los derechos de la personalidad, argumentando que el derecho absoluto que tiene el individuo a determinar cuales de sus hechos pueden ser llevados a conocimiento de terceros comparta, en el caso del banco, la obligación de respetar dicho derecho, fundamentalmente cuando el banco ha llegado a conocerlos en razón de sus relaciones de negocios con el propio cliente.

d) en Suiza, según Maurice Aubert, Jean Philippe Kern y Herbert Schönle (78), el secreto bancario "tiene por fundamento el necesario respeto de la vida privada". Según ellos, "el derecho a la protección a la esfera íntima están tan aferrado en los espíritus en Suiza que la doctrina suiza, la más reciente, considera incluso que ese derecho corresponde a un derecho constitucional no escrito". Para ellos en Suiza el respeto de la vida privada está firmemente asegurado, siendo el secreto ban-

76.- Obra citada, págs. 26 y 30.-

77.- Ambos citados por J.C. Malagarriga, op. cit., pág. 24.-

78.- Autores del libro: "Le secret bancaire suisse", Ed. Staempfli et Cie, Berne, 1976, cuyo contenido resume y comenta Michel Vaassour en: Banque, Francia, janvier 1977, n^o 359, págs. 96 y 97.-

cario, por esto mismo, efectivo y oponible al Estado mismo. De este modo, "el secreto bancario fue y permanece como uno de los pilares de la defensa de los derechos de la personalidad y del verdadero respecto de la vida privada en materia económica". (Esto es sin embargo que la ley nacional haya adoptado como fórmula para el secreto lo profesional, como se vió).

e) en España esta concepción es ampliamente aceptada, y se acepta incluir estos aspectos patrimoniales como parte de la esfera de la intimidad personal. Este es el fundamento que sustenta Batlle para el secreto bancario, ya que según él, "debido a los cambios de la estructura económica se ha producido una personalización del patrimonio" (79).

Así también piensa Carzola Fructo al sostener que "el secreto bancario deja de teñirse ya exclusivamente de interés cercano al beneficio bancario, para emparentarse así con la defensa de lo íntimo, aunque sea económico, del ciudadano" (80).

Crítica: esta vez la crítica es positiva, ya que esta fundamentación, como más adelante explicaremos, nos parece la correcta, aún para nuestro Derecho.

79.- G. Batlle, El secreto de los libros de contabilidad y el secreto bancario. Dos manifestaciones del Derecho a la intimidad privada, en: Revista Gral. de Legisl. y Jurisp., julio 1975, pág. 33, citado por Miguel Bajo Fernández, "El Secreto profesional en el Proyecto de Código Penal", en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo 33, fascículo 11, año 1980, Madrid, pág. 600.-

80.- El Secreto Bancario, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, año 1979, pág. 90, citada por ídem. nota anterior.-

8º Protección a la actividad bancaria.- Encontraremos también una fundamentación del secreto bancario en un aspecto de neta índole económico-político: en la protección que debe dársele a las entidades bancarias, ya que son esenciales para la economía moderna y su buen funcionamiento de ellas depende. Si no se les protege mediante este instituto, por variadas razones, algo de lo cual ya se apuntó al comienzo de este capítulo, los particulares no utilizarían en la medida necesaria sus servicios.

a) Así, Juan Carlos Malagarriga (que, como se dijo, fundamenta también el secreto bancario en el hecho de ser éste una concreción del derecho a la inviolabilidad de la personalidad), opina que se debe armonizar aquél fundamento con la protección a las entidades bancarias. El dice que "merece especial protección porque no sólo asegura el libre desenvolvimiento de la personalidad sino que contribuye al desarrollo de una actividad que, como la que cumplen las entidades financieras, trasciende el mero interés privado para incidir fundamentalmente en el desenvolvimiento económico de la Nación" (81). El encuentra apoyo en la ley argentina nº 18.061, ya citada, y que -como se dijo- estableció en su articulado el secreto bancario, al decir ésta en su exposición de motivos que, junto con asegurar la inviolabilidad de los papeles privados y la libertad individual, "la obligación de secreto afianzaría la confianza del público

81.- Obra citada, pág. 32.-

en las instituciones financieras, produciendo así un incremento de los depósitos y una mayor afluencia de público" (82).

b) Opina del mismo modo Carlos Raimondi (83), al decir que "la obligación de guardar el secreto se ha establecido en razón de un interés público, protegiéndose a la entidad contra los requerimientos, porque al Estado interesa la existencia de estas entidades, y que el público negocie con ellas brindándoles la mayor confianza. Es decir, que el objeto de la tutela estatal, aunque aparece como la protección de un bien o derecho particular, en realidad tiene como finalidad mediata el interés social que existe en que determinados derechos o bienes sean protegidos con el secreto, para asegurar o promocionar ciertas actividades o transacciones".

c) Así opina también Guido Ruta, que ha dicho que el secreto bancario "asegura un alto porcentaje de depósitos, un volumen sostenido de negocios y, en definitiva, una afluencia vigorosa de capitales hacia el sector bancario que, de no existir el secreto, emigrarían hacia países donde se facilitarían ese tipo de seguridades". (84)

d) Jiménez de Parga opina que junto con protegerse el "principio de defensa de la clientela, elemento patrimonial de la empresa bancaria", se está protegiendo "el interés de un correcto funcionamiento del sistema bancario, presupuesto elemental

82.- Idem., pág. 32.-

83.- Carlos A. Raimondi. El secreto de las operaciones bancarias frente a la ley fiscal, citado por Malagarriga, op. cit., pág. 32.-

84.- Lineamenti di legislazione bancaria, citado por Labanca, obra citada, pág. 1.-

y condicionante de la organización económica" (85).

e) Nuestra legislación no ha estado ajena a esta fundamentación. De la exposición de motivos y de las discusiones parlamentarias del establecimiento de la reserva bancaria en el artículo 1º de la ley nº 7.489 sobre Cuentas Corrientes y Cheques, se desprende claramente que el objetivo que tuvo el legislador fue el de hacer crecer la cantidad de capitales en depósito en las instituciones bancarias (86). Y ello efectivamente así ocurrió, como la apunta, cifras en mano, Gonzalo Urrejola Arrau (87).

Crítica: No estamos de acuerdo con esta posición. En realidad, más que una explicación al fundamento de la obligación del secreto bancario, ésta nos parece una buena razón, de índole política-económica, para el establecimiento positivo de la institución. Es imposible dejar de reconocer ciertas consecuencias o incidencias en el terreno práctico de la salvaguarda legal de esta institución. Así, es muy cierto que la actividad bancaria se verá más protegida si se establece positivamente este secreto bancario, pero ello no nos explica en absoluto el fundamento del secreto bancario.

9º Otros fundamentos.- Los autores Sadoul y Perraud-Charman-

85.- Obra citada, pág. 403.-

86.- Así: J. Olmedo Miró Molina "Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques ante la legisl. comparada", Mem. U. de Chile., en: Mem. de Licenciados, Dº Comercial, Tomo II, Ed. Jca. de Chile, 1953, pág. 137.-

87.- El Secreto de la Cuenta Corriente Bancaria, Mem. U. de Concep. 1949, pág. 25.-

tier han dado sendos fundamentos al secreto bancario, que la doctrina no considera, ni nosotros lo haremos no criticándolos siquiera, por su carácter manifiestamente artificioso.

a) Así, Sadoul (88) fundamenta el secreto bancario en un contrato de depósito: el cliente deposita en el banco el secreto (al igual que si se tratase de una cosa mueble) mediante una manifestación de voluntad.

b) Ferraud-Charmantier (89) sustituye la idea del depósito por la de un contrato innominado o sui generis que se celebra tácita o expresamente entre las partes y que impone a la depositaria de ciertos secretos la obligación de no revelarlos.

...

13.- Nuestra posición.- Llegada la hora de tomar posiciones al respecto, nos inclinamos en creer que el fundamento último de la obligación de los bancos al secreto es la protección que presta o debe prestar el Derecho a la intimidad o privacidad de las personas en sus asuntos económicos. El secreto, por lo demás, constituye uno de los derechos de la personalidad. Así, el secreto bancario, como obligación de todo banco, sería una manifestación correlativa de este derecho.

a) Los derechos (que para distinguírlas del Derecho considerado en su conjunto, como ciencia social, se los califica de derechos subjetivos), son las facultades, las prerrogativas que

88.- Citado por Jiménez de Parga y Joaquín Garrigues, op. cit., p. 384 y 272, respectivamente.

89.- *Ibidem.*-

se reconocen a todas las personas por el Derecho y de las cuales se goza bajo la protección que prestan los poderes públicos. Estos derechos, a su vez, corresponde -en terminología penalista- a un bien jurídico que se tutela. De este modo, el Derecho, mediante sus normas penales o sancionatorias tutelará estos bienes jurídicos o derechos.

Por otro lado, y así se ha entendido siempre, que la atribución de un derecho subjetivo a una persona, tiene por contrapartida la obligación para otra de respetar ese derecho.

b) ahora, estos derechos subjetivos adquieren la calidad de derechos de la personalidad cuando tienen por objeto reconocer ciertos atributos de la persona humana. Estos derechos de la personalidad, "tan numerosos como sagrados" (90), han ido aumentando a medida que transcurren los años y se perfeccionan las instituciones jurídicas, ante la complejidad de la vida moderna.

Es así como hoy el derecho al secreto es incluido por prácticamente todos los autores en el cuadro de estos derechos de la personalidad, emplazamiento desconocido para algunos juristas del siglo pasado (91). (este derecho al secreto que desde el punto de vista moral, se analizó en la Introducción de este trabajo).

90.- Luis Josseland. Derecho Civil, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosh y Cía Editores, Buenos Aires, pág.109.-
91.- Así: José María Castán Vázquez. "El Derecho al secreto en la correspondencia epistolar", en: Anuario de Derecho Civil, España, Tomo 13, fascículo I, enero-marzo de 1960, pág.9.-

De este modo, el Derecho cubre, mediante el reconocimiento de estos derechos de la personalidad, la integridad moral de las personas, y las manifestaciones de ésta: sus secretos, sus reservas.

Así lo ha entendido la generalidad de la doctrina (92).

c) Este derecho a la intimidad personal o de reserva "importa el deber de los extraños de respetar el ámbito netamente privado del individuo, absteniéndose de dar a la publicidad las actividades propias y puramente personales del sujeto y que él mismo desea no se divulguen" (93), o como lo ha dicho el Tribunal Supremo de España, en sentencia de 8 de marzo de 1974, "intimididad personal es el derecho a mantener intacta, desconocida, incontaminada e inviolada la zona íntima, familiar o recoleta del hombre, es, según la terminología que se prefiera, un derecho a la personalidad, un derecho innato, individual o un derecho humano" (94).

En Estados Unidos la preocupación por la intimidad ha dado lugar a la creación de la teoría del Derecho de Privacy (Right of Privacy), que se pronuncia sobre las interferencias de toda índole en las relaciones privadas. Según esta teo

92.- Se cita varios autores en: Jaime González Sepúlveda, "El Derecho a la intimidad privada", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1972, p. 17.-

93.- Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, Curso de Derecho Civil, Parte Gral., Ed. Nacimiento, Stgo., 1971, p. 288.-

94.- Citada por Juan Cárcamo Olmos, "El descubrimiento y revelación de secretos en cuanto resguarda la intimidad inmaterial en el Derecho Penal Español", en: Rev. Derecho y Jurisp., Chile, Tomo 78, n.º 2, secc. Derecho, pág. 56.-

ría "la vida en sociedad ha creado nuevas formas de convivencia que constituyen una invasión al derecho de los individuos a gozar de la soledad, del aislamiento y a vivir la vida que cada uno aspira a vivir, dentro de los moldes normales de la sociedad moderna" (95).-

d) Contrariamente a lo que afirman los profesores Ramón H. Domínguez Aguila y Ramón Domínguez Benavente (96), en cuanto a que debe dejarse fuera de los derechos de la personalidad los que tengan "vocación patrimonial", la doctrina moderna, aún buscando apoyo de los antiguos, afirma que el aspecto económico de la intimidad debe protegerse.

De este modo, no hay reparo alguno en incluir los aspectos patrimoniales de una persona -su fortuna, sus proyectos en relación a ella, su distribución, etc.- como parte de la esfera de la intimidad personal. Ya se citó más arriba las opiniones de Batlle y Carzola Prieto en tal sentido.

e) Creemos, por lo tanto, que la personalidad en todos sus aspectos íntimos estará más protegida, mediante un reconocimiento expreso, siendo ello garantía verdadera de libertad, sobre todo en una comunidad que aspira a una democracia que consagre como

95.- Iván M. Díaz Molina, "El Derecho de Privacy". Primera parte, en: Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, año XXVII, enero-septiembre de 1963, n^o 1-2-3, pág. 169.-

96.- Las servidumbres a que obliga la grandeza. "La esfera de la intimidad y las personalidades públicas", en: Rev. de Derecho, Universidad de Concepción, año 36, n^o 144, pág. 35.-

esencial tal principio. O, como lo dijo el Tribunal Supremo de España en la sentencia citada, "es una de las necesidades mas vitales de la libertad humana" (97).

f) Finalmente y resumiendo: afirmamos que el fundamento último de la obligación al secreto bancario se encuentra en el respeto sagrado a su correlativo, el derecho a la intimidad privada sobre los aspectos económicos del individuo, que integra la larga lista de los derechos de la personalidad. Por lo que plena vigencia tiene el secreto bancario en todos los países de vocación plenamente libertaria, que en su estatuto máximo -la Constitución Política del Estado- contemplan este respeto a la intimidad privada en todos sus aspectos. En todos sus aspectos, digo, ya que la intimidad de una persona, como ella misma, no puede dividirse.

.....

97.- Citada en nota nº 94.-

CAPITULO II

"El secreto bancario ante el Derecho Comparado"

Junto con el estudio doctrinario del secreto bancario en sus fases fundamentales, como su concepto, naturaleza jurídica y fundamentos, y antes de entrar a su análisis dentro del derecho nacional, revisaremos su aceptación y características en los restantes países de que pudimos obtener información.

No es un panorama muy amplio, por la falta de antecedentes al respecto. Un análisis de cada país en forma acabada tampoco fue posible, por la misma razón.

Por lo dicho, lo que mostraremos es nada más que un panorama general. No se detallará tampoco aspectos especiales del secreto bancario, en los casos que hubiere sido posible, sino que dicho análisis se irá haciendo comparativamente en la segunda parte de este trabajo, en forma de citas o párrafos especiales, según su importancia. Hemos preferido hacerlo así en aras de la claridad y fluidez del análisis; de otro modo habría tenido que repetirse el esquema de la segunda parte ante cada caso.

1.- Francia.— A pesar de lo dicho, respecto de Francia nos explayaremos un poco más que en los restantes países. En Francia

la discreción es tradicionalmente requisito indispensable en el mundo de los negocios y es costumbre muy antigua de los banqueros cumplirla escrupolosamente. Esta antigua costumbre, según Pierre Gulphe (98), se la encuentra establecida desde el siglo XVII, y cita un fallo del "Consejo del Rey" de fecha 2 de abril de 1639, que habría afirmado que "el secreto es absolutamente necesario en las negociaciones de banco, comercio, cambio y finanzas..." (99).

Ahora, según ya se dijo, es opinión generalizada en Francia que los banqueros están sujetos al secreto profesional, siendo para ellos éste el fundamento de dicha obligación. Así, los autores citados, Pierre Gulphe, Haxel, y la Jurisprudencia francesa en variados fallos.

Según Gulphe este deber de discreción, introducido hace mucho tiempo en las costumbres bancarias, conserva toda su fuerza a la época de su monografía (1948). Según él, la actividad del banquero, al estar totalmente reglada por un estatuto profesional de carácter legal, y al estar los banqueros investidos de un verdadero monopolio para la realización de diversas operaciones, con motivo de las cuales los terceros están obligados a dirigirse a ellos, hace resaltar la calidad de confidentes necesarios y de la profesionalidad de quienes ejercen la actividad bancaria. Así, para él -y para la jurisprudencia que cita- en esa época ya no había dudas que los banqueros debían

98.- Obra citada, pág. 13.-

99.- Ibídem.

ser considerados como sujetos al secreto profesional a pesar de no estar expresamente mencionados por la disposición penal que sanciona la revelación de secretos profesionales en Francia (100). Dicha disposición penal es el artículo 378 del Código Penal, ya transcrito más arriba (101).

Hay una ley francesa de 3 de enero de 1973, que lleva el n.º 73-7 que aclara el panorama, respecto de la Banque de France. Dice en su artículo 39: "les Agents de la Banque de France sont tenus au secret professionnel sous les peines de l'article 378 du code pénal" (los agentes de la Banque de France están obligados al secreto profesional bajo las penas del artículo 378 del Código Penal) (102).

Muchos fallos de los tribunales franceses han reconocido este secreto profesional del banquero. Podemos citar los siguientes:

a) Un fallo de la Corte de París de 6 de febrero de 1973, reconoce plenamente la fundamentación de Pierre Gulphe, al decir que "el banquero, confidente necesario", por vocación profesional está obligado al secreto profesional en virtud del artículo 378 del Código Penal", obligación que, según este mismo fallo, "se duplica de un deber de discreción que echa sus raíces en las relaciones contractuales contraídas con el cliente" (añadiendo, sin embargo, en esta última parte a un fundamento contractual). Este fallo es una muestra de la reconocida existencia

100.- Iden., págs. 17 y 18.-

101.- ver en capítulo primero, nota n.º 48.-

102.- Recueil Dalloz Sirey., 1973, 4.º cahier, 24 de enero de 1973, sección Législation, pág. 67.-

en Francia de este instituto (103).

b) Un fallo de la sala criminal de la Corte de Casación, de 25 de enero de 1977, (104), a través de una interpretación del artículo 65 del Código francés de Aduanas, restringe el poder de investigación de este ente administrativo, dando vida, ante él, al secreto bancario. (El control de las relaciones financieras con el extranjero es de competencia de la administración de las Aduanas, y los agentes de ésta, en el cumplimiento de su misión, ejecutan investigaciones en los bancos y pretenden ejercer el derecho de comunicación de documentos, que emana según ellos del artículo 65 del Código de Aduanas, que impone a los demás la comunicación a sus agentes de "los papeles y documentos de cualquier naturaleza" que ella solicite (105). Pues bien, el fallo de 25 de enero de 1977 dijo que "la administración de aduanas no puede ejecutar en los bancos investigaciones generales a priori (como lo ha pretendido más de alguna vez aquí en Chile el Servicio de Impuestos Internos, como se verá), sino sólo investigaciones especiales, en correlación con un caso determinado con respecto a personas y operaciones concernidas, y siempre que revele (la aduana) ese marco específico al banquero".

c) en otro fallo, de 6 de febrero de 1980, la Cour d'appel de

-
- 103.- En: Rev. Trim. de Droit Commercial, 1975, n^o 2, pág. 345. También, íntegramente, en: Recueil Dalloz Sirey, 30 abril 1975, 17e cahier, sect. jurisprudence, pág. 318.-
- 104.- En: Banque, n^o 361, abril 1977, pág. 472. También en: Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1977, n^o 4, pág. 770.
- 105.- Ver fallos de 30 de enero de 1975, sala criminal Corte de París y de 28.11.1974 de Trib. Policía de París, en: R.T. D.C., 1975, n^o 2, p. 346.-

Toulouse, determinó que la obligación de discreción del banquero, se mantiene aún después del término de las relaciones contractuales, y que "las condiciones del cierre de oficio de una cuenta y la revelación del descubrimiento existente (que al parecer, en este caso, llevó al término del contrato), son informaciones confidenciales cubiertas por el secreto, que no pueden ser divulgadas" sin comprometer la responsabilidad del banco (106).

d) Finalmente, en sentencia de 28 de enero de 1969, el Tribunal de Grande Instance de París (107) dijo que "el secreto profesional al cual está sujeto el banquero, tiene por fundamento, medida y límite, el interés del cliente del cual él es consejero para la gestión de su fortuna y la colocación de sus capitales: él es inoponible a la autoridad judicial cuando se trata, por ésta, de recoger o de hacer recoger informaciones comerciales, con la condición, sin embargo, que él esté únicamente relacionado al resultado de las investigaciones, sin mencionar la identidad de los clientes que habría sido revelado al informador comisionado para el examen de las piezas contables, lo que salvaguarda la preocupación esencial que constituye la base del secreto impuesto a los banqueros". Este fallo nos revela una limitación; pero a la vez su gran vigencia aún ante la autoridad judicial.

106.- En: Recueil Dalloz Sirey, 14 de enero de 1969, 2e cahier, secc. Inform. Rapides, p. 18.-

107.- En: Idem., 5 noviembre 1969, 36e cah., secc. Jurisprudence, p. 613.-

En todo caso, estos fallos los volveremos a citar en la parte pertinente de la segunda parte de este trabajo.

2.- El Líbano.— La legislación positiva de esta país, que en esta materia es considerado uno de los más avanzados, consagra la obligación al secreto bancario en términos casi absolutos. Así, la ley libanesa de 3 de septiembre de 1956, sobre "El secreto bancario", cuyo texto íntegro reproduce la revista francesa Banque (108), establece en su artículo 1º: "Están sometidos al secreto profesional, los bancos constituidos en el "Líbano en forma de sociedad anónima, así como las sucursales de los "bancos extranjeros, siempre que dichos bancos y sucursales obtengan del "Ministro de Finanzas la autorización especial que les otorga el beneficio de la presente ley"; y en su artículo 2º que: "Los directores y empleados de los establecimientos bancarios previstos en el artículo primero, así como todas las personas que tienen conocimiento, por su calidad o función, por un medio cualquiera, de los libros, de las operaciones y de la correspondencia bancaria, están obligados al secreto absoluto, en favor de los clientes del banco, y no pueden revelar, a quien quiera que sea, persona privada o autoridad pública, administrativa, militar o judicial, los nombres de los clientes, sus haberes y los hechos de los cuales ellos tienen conocimiento, sino con la autorización escrita del cliente o de sus herederos o legatarios o en caso que fuese declarado en quiebra, o

en caso de litigio con el cliente originado por relaciones bancarias".

De su texto fluye la rigidez del secreto bancario, sobretudo en estos tres puntos que se deben considerar esenciales:

a) Deben guardar secreto "todas las personas" que conozcan por su calidad o función secretos de los clientes; y no sólo sus directores o empleados (de alto nivel). Se incluye así, hasta el simple "garzón" o mozo.

b) La ley califica esta obligación al secreto como "absoluta", comprendiendo todos los datos del cliente, a cuyo favor se establece.

c) No pueden revelarse estas informaciones "a quienquiera que sea", ya se trate de personas privadas o autoridades públicas, administrativas, militares o judiciales.

Así, sus términos son amplísimos -ni el nombre del cliente puede revelarse-. Sus redactores que admiten excepciones muy determinadas a este secreto bancario, quisieron, al parecer, dejar muy clara su intención de considerarlo muy por encima de ellas. Se trata del secreto absoluto; aún cuando ello, es cierto, es imposible. Pero, en todo caso, esta expresión manifiesta el espíritu de los legisladores.

Finalmente, esta ley, que por su artículo 9º a-

broga todas las disposiciones contrarias a ella o incompatibles con su contenido, señala penas severísimas a su violación, castigando incluso a la tentativa con la misma pena de la comisión.

3.- Suiza.— Se ha considerado siempre a Suiza como un país muy respetuoso del secreto bancario, creándose incluso muchos mitos a su alrededor.

En Suiza el secreto bancario no se apoya como en El Líbano, en la aplicación de una estrategia de captación de capitales nacionales y extranjeros, sino que él tiene por fundamento el respeto a la vida privada, como ya se dijo en el capítulo primero.

El artículo 47 de la ley bancaria suiza, de 8 de noviembre de 1934, sanciona su infracción en los siguientes términos: "Quien intencionadamente, en su calidad de miembro de un órgano o empleo de la banca, de revisor, de miembro de la comisión de banco o de funcionario o empleado del secretariado de ésta, viole la discreción a la que está obligado en virtud de la ley o al secreto profesional, o que incite a cometer esta infracción, sufrirá una multa de hasta 20.000 francos o prisión hasta por seis meses, siendo ambas penas acumulables" (109).

Por su parte, el artículo 60 de la ley Federal sobre el Banco Nacional suizo dice que las personas que componen la administración de dicho banco, lo mismo que todos sus

109.- Citado por José Ignacio de Arrillaga, "La Banca en Suiza", en: Revista de Derecho Mercantil, España, n.º 17-18, 1948, p. 199.-

funcionarios y empleados, "están obligados a guardar el secreto más absoluto sobre las relaciones y asuntos del establecimiento con sus clientes" (110).

Existe también en Suiza la posibilidad de mantener en reserva la identidad del cliente, aún respecto del propio banco. Los bancos pueden abrir cuentas identificadas sólo por un número, una sigla o un nombre de fantasía, y recibir instrucciones del titular de la cuenta con la sólo exigencia de que la firma de la orden coincida con la registrada por el cliente (111).

4.- Alemania.- En Alemania, la "Gesetz Über de Krediwesen", de 10 de julio de 1961, regula sistemáticamente el secreto bancario (112). Dicha ley establece, en su artículo 9º que las personas ocupadas en la oficina federal de vigilancia y las demás vinculadas a ésta, "no deben divulgar o utilizar sin autorización los hechos que hayan llegado a su conocimiento en el ejercicio de su actividad y sobre los cuales el instituto de crédito o un tercero tengan interés en que sea mantenido en secreto". Están obligadas las personas mencionadas, y las que trabajen en cualquier instituto de crédito, siendo institutos de crédito, según el artículo 1º del mismo cuerpo legal, "las empresas que efectúan operaciones bancarias..."

De este modo, el origen de la obligación al secreto está en la ley, como contrapartida a la garantía correlativa

110.- Idem., p. 198.-

111.- Mencionado por J.C. Malagarriga, obra citada, p. 74.-

112.- Citada por Jiménez de Parga, obra citada, p. 388.-

establecida en la Constitución Alemana.

5.- Italia.— El artículo 10, apartado primero, de la ley bancaria italiana expresa que "todas las noticias, las informaciones o los datos referentes a la entidad de crédito bajo el control del inspectorado, son tutelados por el secreto de oficio (profesional)..." (113). Sobre la amplitud de esta disposición se ha pronunciado en forma clara la doctrina italiana. Constatamos, sin embargo, que sus términos son muy amplios, al hablar de "noticias", "datos" e "informaciones", sin tenerse origen ni limitación.

Sobre las infracciones a este secreto y su pena, ya se citó en el primer capítulo la opinión de Trespi, que entiende que el secreto profesional del banquero está comprendido, al ser revelado dolosamente, en el artículo 622 del Código Penal Italiano, que pena, en general, las violaciones al secreto profesional.

6.- Inglaterra.— Ya se citó a su respecto el caso "Fournier v. National Provincial and Union Bank of England". Dicho fallo dijo además que el secreto bancario -reconociendo así su existencia expresamente-, no podía considerarse como una obligación absoluta, habiendo cuatro ocasiones en las que se debe romper: 1º, en virtud de una ley; 2º, cuando el interés general exige que sea revelado; 3º, cuando los intereses del banco lo exijan, y

113.- Citado por E. Rute; II fundamento jurídico del secreto bancario", resección en: Revista de Derecho Mercantil, España, n.º 95, 1965, p. 263.-

4^o, cuando existe consentimiento del cliente.

En todo caso, lo importante para nosotros de este fallo, que será citado nuevamente varias veces en la segunda parte, es que nos muestra la vigencia de este instituto del secreto bancario en el sistema inglés. Sobre la doctrina contenida en este fallo, a pesar del sistema del "precedente", no sabemos si este fallo lo ha sentido efectivamente en Inglaterra, o ha sido modificado por otros posteriores.

7.- España.— Recuerda el autor español Joaquín Garrigues que a pesar de observarse prácticamente el secreto bancario en las relaciones contractuales bancarias, éste carece en el sistema legal español de un apoyo concreto. Así, según él, no se formula en España este deber en ningún precepto legal que tenga carácter general. Sin embargo, se encuentra en los Estatutos del Banco de España, cuyo artículo 23 dice que "se prohíbe al banco facilitar noticia alguna de los fondos que tenga en cuentas corrientes, depósito o cualquier otro concepto, pertenecientes a persona determinada, a no ser al propio interesado, a su representación legal o en virtud de providencia judicial" (114).

8.- Grecia.— De este país sólo podemos decir que su Derecho no contempla disposición penal alguna que sancione la revelación de secretos por los banqueros.

Pero, según el autor griego Loukopoulos (115),

114.- Operaciones bancarias..., obra citada, p.272. También Jiménez de Parga cita dicha disposición, obra citada, p.399.

115.- André Loukopoulos, "Le secret bancaire", Athènes, 1950, VIII, n.110, reseñación en: Revue Trimestrielle du Droit Commercial, 1949, tomo IV, p. 753.-

"en la práctica los banqueros griegos han guardado hasta aquí 'de padre a hijos' el secreto más absoluto". De este modo, y por su testimonio, podemos constatar la vigencia del secreto bancario en Grecia, aún sin norma legal que lo resguarde o que lo establezca directamente (como ocurre en Chile).

9.- México.— Se contempla en la legislación de este país en términos bastante amplios la obligación al secreto bancario. Así, la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 3 de mayo de 1941 dice textualmente: "Las instituciones depositarias no podrán dar noticias de los depósitos y demás operaciones, sino al depositante, deudor o beneficiario, a sus representantes legales o a quien tenga poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación; salvo cuando las pidieren, la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el depositante sea parte o acusado y las autoridades hacendarias federales, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria, para fines fiscales. Los funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables, en los términos de la ley, por violación del secreto que se establece, y las instituciones estarán obligadas, en caso de revelación de secreto, a reparar los daños y perjuicios que se causen". (116)

10.- Argentina.— En este país, la ley 13.061, sobre entidades financieras, cuya exoneración de motivos ya hemos citado, consa-

116.- Citado por Mario Bauche Garcíadiego, obra citada, p. 361 (también la cita íntegramente Garrigues, op.cit., p.212 y Aléniz de Parga, op.cit., n. 380).—

gra expresamente, según Juan Carlos Valagarriga (117), en sus artículos 33 y 34 el deber de los banqueros al secreto; y no sólo a los banqueros, sino también a todas aquellas entidades que "medien habitualmente entre la oferta y demanda públicas de recursos financieros", haciéndolo extensivo a su personal en los siguientes términos: "deberá guardar absoluta reserva sobre las informaciones que lleguen a su conocimiento".

Respecto a su sanción, Juan Carlos Valagarriga (118) dice que va desde un llamado de atención hasta la revocación, el cese, de la autorización para funcionar; pasando por el apercibimiento, la multa y la inhabilitación.

117.- Obra citada, p. 26.-

118.- Obra citada, p. 58.-

SEGUNDA PARTE

Consagración legal y jurisprudencial del secreto bancario

Después de haber revisado el aspecto doctrinario del secreto bancario, nos corresponde ahora verificar su consagración ante nuestra legislación y jurisprudencia.

Antes de dar comienzo a esta tarea, que envuelve sin dudas lo más interesante de este trabajo, se hace necesaria una reflexión acerca de lo que significó dicho estudio doctrinario.

Nos hemos encontrado con una institución de plena vigencia en las prácticas bancarias, debiéndoselle reconocer gran importancia, no sólo para las relaciones cliente-banco, sino también para el sistema bancario y económico en general. Una vez definido este instituto, concluimos que desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, es una obligación legal. Así, nos encontramos también con que se trata de una institución de indudables rasgos jurídicos.

Doctrinariamente, lo más importante es el fundamento de esta obligación de naturaleza jurídica: el derecho a la intimidad privada de los aspectos económicos del individuo. Esta es nuestra tesis, que no es compartida por todos los autores, según ya se expuso. Debemos tener en cuenta este crite-

rio en el desarrollo de toda esta segunda parte, ya que corresponde al primer gran argumento de nuestras reflexiones.

Así, ya delineado el fundamento del secreto bancario en este terreno, analizaremos la legislación y jurisprudencia al respecto.

CAPITULO PRIMERO

El secreto bancario en el Derecho nacional

Este capítulo lo heves dividido en cinco secciones, que tratarán, respectivamente, de sus fuentes jurídicas; de los sujetos del secreto bancario; de su extensión; de sus excepciones, y de la violación a esta obligación.

SECCION I: FUENTES JURIDICAS.

Las fuentes jurídicas del secreto bancario las encontramos en la Constitución Política del Estado, en las leyes (decretos leyes durante el lapso que va desde septiembre de 1973 a marzo de 1990) y costumbres mercantiles.

Debemos decir que la cita de los diversos preceptos legales tiene más que nada interés doctrinario, ya que la institución en estudio no ha recibido consagración legal expresa. Las citas que efectuamos, más que nada tienen por objeto delinear un marco general y que muchas veces nos dirá lo que no es el secreto bancario, frente al marco doctrinario que nos hemos forrado.

Pero en todo caso, no debe perderse de vista el fundamento de raíz constitucional que afirmamos existe para el secreto bancario, no dejando de reconocer su origen con-

extraordinario, como se verá.

a) Constitución Política del Estado.-

Dentro de la jerarquía de las normas que contiene el derecho positivo, es ésta la de más alta categoría, y a ella deben subordinarse las demás.

Según lo sustentado por nosotros en el sentido de considerar como fundamento del secreto bancario el respeto al derecho de privacidad en sus aspectos económicos, estimamos como fuente de la obligación al secreto bancario, a cargo del banquero, a la Constitución Política del Estado que nos rige, en los números 4 y 5 del Artículo 19.

Este Artículo consagra las llamadas garantías constitucionales, que el Estado está obligado a asegurar a todas las personas.

Prescribe la Constitución en dicha parte: "Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 4^º el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia; (...) 5^º la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y los documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley".

Estas dos disposiciones, en el fondo, se refle-

den a lo mismo: el resguardo de la privacidad del ser humano.

Al referirse la Constitución, en el número 4, a la "vida privada", lo ha hecho en general, con la intención de cubrir todos los aspectos del necesario "aislamiento" humano. El número 5 se refiere, por su parte, a dos aspectos que indiscutiblemente forman parte de la privacidad humana: su hogar y sus comunicaciones y documentos privados.

El secreto bancario según nuestra tesis está incluido en estas dos disposiciones. En la primera, por ser tan general. En la segunda, por el hecho de que la mayoría de las intimidades económicas de las personas constarán o se reflejarán en documentos privados, y que estarán en manos de los banqueros, siendo parte de la privacidad de los particulares, como los secretos que conllevan.

b) La ley.-

Dentro del ordenamiento jurídico, es ésta la fuente más común, ya que es la encargada de especificar y particularizar los preceptos constitucionales.

No debemos olvidar lo dicho anteriormente, en el sentido de que el secreto bancario, como tal, no ha recibido consagración legal expresa, por lo que las citas legales sólo nos servirá para formarnos un cuadro de lo que debiera ser o no debiera ser el secreto bancario, al amparo de la garantía constitucional que lo resguarda.

1.- Código Penal. - No encontramos en este código precepto alguno que sea aplicable a las entidades bancarias o a sus empleados en caso de revelación de secretos. Tendría que tratarse de una revelación en deshonra, descrédito o menosprecio de un tercero, para así constituir el ilícito penal llamado injuria, que consagra su artículo 416.

2.- Código Civil. - Siendo evidente la vigencia del elemento confianza en los depósitos bancarios, debe incluirse como fuente legal el artículo 1.225 de este código, que dice: "El depositario no debe violar el secreto de un depósito de confianza, ni podrá ser obligado a revelarlo". Para nosotros, es este uno de los casos excepcionales, junto con la reserva de la cuenta corriente bancaria, donde el legislador reglamenta y reitera el principio constitucional del resguardo al secreto bancario.

3.- Código de Procedimiento Penal. - En su artículo 201 n.º 2 establece que no están obligados a declarar como testigos en juicio criminal las personas que por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tienen el deber de guardar el secreto que se les haya confiado, pero únicamente en lo que se refiera a dicho secreto.

4.- Código de Procedimiento Civil. - El artículo 349 inciso 1.º, que establece la exhibición de instrumentos que existan en poder de la otra parte de un juicio o de un tercero, con excepción de los que revistan el carácter de secretos o confidencia-

lea.

Además, el artículo 360 n^o 1 del mismo código, que exime de la obligación de declarar como testigos a los "eclesiásticos, abogados, escribanos, procuradores, médicos y matronas, sobre hechos que se les hayan comunicado confidencialmente con ocasión de su estado, profesión u oficio".

5.- Código Tributario.— Su artículo 61 establece que "salvo disposición 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 de carácter confidencial".

Su artículo 60, inciso octavo, "in fine", establece que están exceptuadas de declarar bajo juramento sobre hechos, datos, o antecedentes de cualquier naturaleza relacionados con terceras personas, las obligadas a guardar el secreto profesional.

6.- Ley n^o 7.498 sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques.—

Su artículo 1^o, inciso 2^o establece que los bancos deben mantener estricta reserva respecto de terceros, sobre el movimiento de la cuenta corriente y sus saldos.

Aquí nos encontramos con el segundo caso en que expresamente el legislador reconoce y reglamenta el secreto bancario, ahora referido a la cuenta corriente bancaria.

7.- Ley nº 17,364 sobre el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.- (se menciona respecto del Banco Central y del Banco del Estado).

Su artículo 29 hace aplicable el artículo 247 del Código Penal (que sanciona la violación de secretos) a los funcionarios del Instituto, de los organismos fiscales, semifiscales y empresas del Estado, que divulguen los hechos que se refieran a personas o entidades determinadas de que haya tomado conocimiento en el desempeño de sus actividades. Reconoce esta disposición implícitamente el secreto respecto de esos datos.

8.- Decreto Ley nº 1.097, Ley Orgánica de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.- Su artículo 7º inciso 1º establece que "queda prohibido a todo empleado, delegado, agente o persona que a cualquier título preste servicios en la Superintendencia, revelar cualquier detalle de los informes que haya emitido, o dar a personas extrañas a ella noticia alguna acerca de cualesquiera hechos, negocios o situaciones de que hubiera tomado conocimiento en el desempeño de su cargo. En caso de infringir esta prohibición, incurrirá en la pena señalada en los artículos 246 y 247 del Código Penal".

9.- Decreto Ley nº 749 que adopta medidas para el funcionamiento de los bancos comerciales.- Su artículo 7, inciso 2º establece que los funcionarios que reciban la información a que se refiere (y que se analizará más adelante) quedarán a su vez sujetos a

la reserva establecida en la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques. En caso de infracción hace aplicable los artículos 246 y 247 del Código Penal.

c) La Costumbre.-

El artículo 4º del Código de Comercio establece que "las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicas, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio".

El mensaje de este Código aclara además que se autoriza la aplicación de la costumbre en los casos en que la ley "se encuentre deficiente". Continúa diciendo: "los numerosos requisitos que la costumbre debe tener para asumir el carácter de ley supletoria, y la naturaleza de la prueba con que debe ser acreditada en juicio, remueven los inconvenientes de la incertumbre y vacilación de la ley no escrita y nos permiten mirar sin recelos la libertad en que queda el comercio para introducir nuevos usos dentro del círculo de lo honesto y lícito".

El secreto bancario es, por lo visto al analizar las fuentes legales, un caso en que la ley se encuentra deficiente, o -derechamente- existe a su respecto un silencio legal. De este modo, regirá la costumbre si se cumple con los requisitos que señala el Art. 4º citado y se prueba en juicio de acuerdo al

Art. 5^o del mismo código.

Analizando los requisitos de la costumbre, tenemos:

1^o. - Los hechos que la constituyen deben ser uniformes. Algo uniforme significa que sea de igual forma, semejante, que no tenga ninguno o pocos cambios, por el estilo.

Creemos que la reserva bancaria por su naturaleza es uniforme: los bancos mantienen reservas sobre las operaciones de sus clientes, las que son similares por orden del legislador entre uno y otro banco, por lo que, como consecuencia, su reserva será uniforme en cuanto a su contenido.

2^o. - Deben ser públicos. Es evidente el cumplimiento de este requisito ya que no es el secreto bancario sólo tema obligatorio entre los bancos y juristas, sino que éste ha recibido publicidad incluso "diarios" y "revistas", de circulación pública.

Así, en revista "Hoy" del 8 al 14 de abril de 1981, pág. 16 se titula una crónica: "Secreto Bancario": El derecho de la costumbre"; en diario "El Mercurio" del 3 de abril de 1981: "Corte Suprema reconoce el secreto bancario"; de 9 de abril de 1981: "Secreto Bancario. Solicitan reposición de fallo"; de 10 de abril de 1981: "Opinan ejecutivos: Justicia resguardará el secreto bancario"; de 28 de abril de 1981, carta al director, que titula: "secreto bancario"; etc. Esto parece probar su publicidad.

3^o. - Debe tratarse de hechos generalmente ejecutados en la República ó en una determinada localidad. Respecto a esto, Juan Pinto Lavín (119), señala los siguientes 3 ejemplos:

a) Una cláusula de inclusión generalizada e inveterada en los contratos de trabajo que usan los bancos con su personal, que establece la obligatoriedad del empleado a guardar reservas sobre las operaciones del banco o las que ejecuten sus clientes;

b) Las "condiciones generales" que suscribe un banco con un cuenta correntista en que se incluye la obligación del banco a mantener en reserva las operaciones del cliente; y

c) Cita al jefe del departamento de investigaciones de delitos tributarios, quien habría dicho que en las investigaciones de dichos delitos los bancos se niegan a informar sobre diversas operaciones de sus clientes manteniéndolas en reserva.

4^o. - Reiterados por un largo espacio de tiempo. Prueba elocuente de ser los hechos que constituyen la costumbre del secreto bancario reiterado por un largo espacio de tiempo, es que el comportamiento de callar a los demás las operaciones de sus clientes, ha sido mantenido por los bancos desde su nacimiento. En Chile ya en 1929 la Superintendencia de Bancos conjuntamente con el Servicio de Impuestos Internos emitieron una circular sobre el tema.

Respecto a la prueba de esta costumbre, fuente legal por lo tanto en nuestro Derecho, debe hacerse de acuerdo

al Art. 5^o del Código de Comercio en caso de invocarse en juicio. Sus requisitos son:

- 1) Por un testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella; y
- 2) Por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivaron el juicio en que debe obrar la prueba.

Creemos que, respecto de la primera posibilidad de prueba de la costumbre, hay en Chile solo un fallo que podría invocarse al respecto, ya que los dos demás que se han vinculado al tema no han entrado a analizarlo derechamente (el estudio de estos fallos lo haremos en la 2^a parte de este trabajo). El fallo en comento es de la Corte Suprema de fecha 2 de abril de 1981 y acogió un recurso de protección del banco C'Higgins, aseverando la existencia de esta costumbre, al decir expresamente en su considerando 4^o que el secreto bancario "es está sancionado por la costumbre," por lo que fue pronunciado conforme a ella.

SECCION II: SUJETOS DEL SECRETO BANCARIO

Es necesario determinar los posibles sujetos del secreto bancario. Ya hemos dicho que éste es una obligación, por lo que, en forma correlativa, será la manifestación de un derecho.

Así, este derecho-obligación, en cada uno de sus dos puntos de vista tendrá un sujeto. Será sujeto activo el titular del derecho a exigir reserva, basado en la garantía constitucional que protege su intimidad en sus aspectos económicos. Será sujeto pasivo el obligado a guardar estos secretos.

A. Sujeto Activo.-

Es muy importante determinar con precisión quienes detentan la calidad de sujeto activos del secreto bancario, desde cuando y hasta cuando, ya que ellos serán los titulares, en caso de violación, a exigir una eventual pena o una indemnización.

Por de pronto diremos que la doctrina está de acuerdo en considerar sujeto activo de esta obligación de secreto al "cliente". Ello fluye además de las distintas definiciones del instituto aportadas por los autores: se trata de resguardar secretos del cliente.

En general, basándonos en los Dictionarios, llega

te sería el que utiliza los servicios de otro. Así, cliente de un banco, sería todo el que utiliza los servicios que prestan las instituciones bancarias.

Por lo dicho, la expresión, para los efectos del secreto bancario, tendría gran amplitud. No se trata aquí, a nuestro entender, sólo de las personas que en concepto con el banco, con sus clientes, sino de toda persona que entre en contacto con el banco, y le realice alguna revelación.

A este respecto, pueden distinguirse varias situaciones:

a) persona que habitualmente recurre a un banco, o que tiene para éste el carácter de "cliente", por ser, por ejemplo, cuentacorrentista, tener depósitos, o realizar con el banco diferentes tipos de operaciones bancarias: de comercio exterior, créditos, etc.

En este caso no hay dudas de su calidad de cliente para los efectos de ser sujeto del secreto bancario.

b) persona que realiza "actos preparatorios" para llegar a ser "cliente" del banco, en el sentido utilizado por ellos,

Es la persona que ha formulado solicitudes a un banco con el objeto, por ejemplo, de convertirse en cuentacorrentista, o de solicitar algún crédito. Estos son verdaderos "actos preparatorios" de un eventual contrato con el banco, en los cuales la persona revelará al banco variados antecedentes sobre

su fortuna o proyectos en relación con ella.

En caso que el banco rechace estas solicitudes y, en definitiva, no se realicen las operaciones proyectadas, estas personas, para los efectos del secreto bancario, deben ser consideradas clientes, y el banco está obligado a mantener en reserva todos los datos por ellas aportados.

No podría ser de otra manera, ya que esta persona ha entregado al banco parte de su intimidad económica que, por los fundamentos señalados para la institución, el banco no debe revelar.

c) persona que casualmente, y por una operación aislada, entre en contacto con el banco. Creemos que esta persona también queda comprendida del concepto de cliente lato sensu, ya que no se necesita para ello habitualidad ni realizar una cantidad determinada de operaciones con el banco; basta realizar operaciones, reveladoras de secretos, aún cuando sea una y única; basados, como se dijo, en los fundamentos de la institución.

En relación con este caso, un fallo inglés de 1920, en la causa "Commissioners of Taxation v. English, Scottish and Australian Bank", dijo que "era cliente una persona cuya única conexión con el banco fue el pago de un sólo cheque" (120), ya que la duración de la relación no es esencial para constituir a alguien en cliente.

120.- Citado por J.C. Kalagarriga, op. cit., pág. 60.-

d) Finalmente, y por razones más que obvias, no será cliente quien entre en relaciones con el banco por motivos ajenos al giro: empleados, proveedores de útiles, prestadores de servicios, etc.

...

De este modo, en un intento de sintetizar lo anterior, podemos decir que son clientes *latu sensu* todas las personas que realizan con un banco operaciones propias de su giro, sean habituales o no, y desde la fase preparatoria de tales operaciones, aún cuando éstas no se realicen en definitiva.

Finalmente, resulta necesario decir que, como las operaciones que se realizan con un banco ocupan un espacio en el tiempo que puede ser limitado, la obligación del banco a guardar reserva persiste aún más allá de la cesación o cumplimiento de éstas (ó más allá de la pérdida de la calidad de cliente, en términos más claros). De otro modo, poco sentido le encontraríamos a esta institución.

9. Sujeto Pasivo.-

Por la denominación misma del instituto en estudio pareciera fácil y obvio determinar el sujeto pasivo: los bancos. Pero, como veremos, no sólo los bancos, como tales, están obligados al *latu sensu* secreto bancario, sino también se dedica al negocio del dinero.

Diferentes criterios en legislación comparada

1.- Argentina.— En este país existe la citada ley n.º 13.061 sobre entidades financieras que consagra expresamente el secreto bancario, haciéndolo extensivo, por su artículo 16, a los bancos comerciales, los bancos de inversión, los bancos hipotecarios, las compañías financieras, las sociedades de crédito para consumo, y las cajas de crédito.

También estarían comprendidas, según el autor J. C. Malagerriga (121) las entidades que sin estar específicamente mencionadas en este artículo 16, cumplan análogas funciones; y las que, a criterio de la autoridad (Banco Central) deban ser incorporadas al sistema, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 6º de la misma ley.

Ahora, respecto a las personas comprendidas en esta obligación, según el mismo autor que citamos (122), estarían constreñidos al secreto tanto las instituciones como todos sus funcionarios y empleados.

2.- México.— El artículo 105 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, transcrito en páginas anteriores, comienza diciendo: "Las instituciones depositarias no podrán dar noticias..."; y termina: "Los funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables, en los términos de la ley, por violación del secreto que se establece, y

121.- Obra citada, p. 53.-

122.- Idem., p. 58.-

las instituciones estarán obligadas, en caso de revelación de secreto, a reparar los daños y perjuicios que se causen". El autor mexicano Octavio A. Hernández (123) critica al legislador por referirse sólo a las "instituciones depositarias", y con una congruente argumentación concluye que los sujetos obligados al secreto bancario son: TODAS las instituciones de crédito, TODAS las organizaciones auxiliares, y los EMPLEADOS de ambas, ya que -según él-, "no hay razón para que sólo las instituciones de depósito queden obligadas por el secreto y libres de él las demás instituciones".

3.- Suiza.- En el artículo 60 de la citada Ley Federal sobre el banco Nacional Suizo, se dice que "las personas que componen la administración de dicho banco, lo mismo que todos sus funcionarios y empleados estén obligados a guardar el secreto más absoluto...". Además, ya de manera general, el artículo 47 de la también citada Ley Federal de 1934, sanciona a los miembros de un órgano o empleo de la banca, revisores, miembros de la comisión de Banco, o funcionarios o empleados del secretariado de ésta a todo tipo de funcionarios de un banco.

4.- El Líbano.- La avanzada ley libanesa sobre el secreto bancario, de 3 de septiembre de 1956, ya citada, establece en su artículo 1º que "están sometidos al secreto profesional los bancos constituidos en El Líbano en forma de sociedad anónima así como las sucursales de los bancos extranjeros". En su artículo

123.- Citado por Mario Bauche Garcíadiego, obra citada, p. 361.-

2º dice: "los directores y empleados de los establecimientos bancarios (...), así como todas las personas que tienen conocimiento, por su calidad o función, por un medio cualquiera, de los libros, de las operaciones y de la correspondencia bancaria, están sometidas al secreto absoluto..." De este modo, como ya se concluía en páginas anteriores, en este país el secreto bancario está impuesto a todas las personas que trabajan en un banco, desde los funcionarios de alto nivel hasta el simple garzón.

5.- Alemania.— De la citada Gesetz über das Kreditwesen alemana fluye que la obligación de mantener el secreto vincula a "todas las personas que trabajan (...) en la oficina federal de vigilancia de la banca (art. 9), (...) las que colaboren con este departamento (art.8) (...) o las que trabajen en cualquier instituto de crédito". Son institutos de crédito, según su artículo 1º, "las empresas que efectúan operaciones bancarias". Con la expresión "o las que trabajen", se considera a todas las personas que integran los institutos de crédito (expresión esta última que no sólo comprende a los bancos).

Nuestro Derecho

En Chile, como se verá, hay argumentos legales suficientes para defender la orientación que prima en Derecho Comparado: la obligación al secreto bancario latu sensu vincula, por un lado, a todas las instituciones que se dedican al negocio del dinero (no sólo a los bancos); y, por otro lado, obliga a to

do el personal de éstas, y no sólo a los que ostentan cargos directivos o de representación sino también a los dependientes o empleados.

Nos referiremos separadamente respecto de cada uno de ellos:

1.- Bancos.-

Ya definíamos a los bancos, en general, como los entes que especulan con el dinero, actuando como intermediarios del crédito. Son ellos, sin duda, los tradicionalmente obligados al secreto bancario, en Chile y en todo el mundo. En nuestra legislación, a su respecto, podemos distinguir:

a) Banco Central de Chile.- Este banco, según los artículos 12 y 13 del Decreto Ley n^o 1.079 (Ley Orgánica del Banco Central de Chile), "es una institución autónoma, de duración indefinida (...) que tiene por objeto propender al desarrollo ordenado y progresivo de la economía nacional mediante las políticas monetaria, crediticia, de mercado de capitales, de comercio exterior y cambios internacionales, del ahorro y demás que le sean encomendados por la ley".

b) Banco del Estado.- Está regido por su Ley Orgánica, cuyo texto fue fijado por el Decreto Ley 2.079 de 18 de enero de 1978. Según su artículo 1^o "el Banco del Estado de Chile es una empresa autónoma del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio pro-

pio, de duración indefinida, sometida exclusivamente a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda". Nos parece interesante transcribir sus artículos 2º y 29, en cuya virtud el Banco del Estado queda en una situación jurídica muy similar a las demás entidades bancarias. Según el art. 2º "el Banco se registrará 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 del Estado de Chile". En el título III de esta ley bajo el párrafo "Operaciones Bancarias", el artículo 29 establece 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 (funciones, operaciones, etc.), cualquiera que sea su naturaleza, las mismas obligaciones, limitaciones y prohibiciones que rijen para los bancos comerciales".

c) Bancos comerciales.- Los define el artículo 62 de la Ley General de Bancos (Decreto con Fuerza de Ley (DFL) nº 252 de 4 de abril de 1960) del siguiente modo: "por banco comercial se

entenderá toda institución que se dedique al negocio de recibir dinero en depósito y darlo a su vez en préstamo, sea en forma de mutuo, de descuento de documentos o en cualquier otra forma".

d) Bancos hipotecarios. - Reglamentados, como los anteriores, en la Ley General de Bancos, la que no los define. Están sometidos a regla especial, por su especial objeto; pero en esencia corresponde a lo ya definido.

e) Bancos de Fomento. - Originariamente reglamentados en el título XIII de la Ley General de Bancos, agregado a esta ley por el Decreto Ley 3.345 de 29 de abril de 1980. Este título hoy ha sido derogado por el artículo 7º letra a) de la ley nº 18.022 de 19 de agosto de 1981, disponiendo su artículo 5º que "los bancos de Fomento en actual funcionamiento se registrarán en adelante por las disposiciones establecidas para los bancos comerciales".

Estas cinco clases de banco (con caracteres especiales respecto del Banco Central de Chile, por su objeto) están sometidos a la obligación del secreto bancario: son sujetos pasivos de ella.

2.- Sociedades Financieras. -

Estas instituciones fueron incorporadas a nuestra legislación por el artículo 1º letra q) del Decreto Ley 3.345 de 29 de abril de 1980, como título XIV de la Ley de Bancos, incorporándole sus artículos 110 a 115.

Así, según el artículo 110 de la Ley de Bancos, las sociedades financieras "son sociedades cuyo único y específico objeto social es actuar como agentes intermediarios de fondos y realizar las operaciones que les autoriza el presente título". Según el artículo 111, se rigen por las disposiciones de esta ley, por las del Código de Comercio y los preceptos del Reglamento de Sociedades Anónimas que sean aplicables a los bancos.

Sus grandes diferencias con los bancos estriban en que no pueden celebrar contratos de cuenta corriente; no pueden operar en comercio exterior ni en comisiones de confianza (art. 113 ley citada).

En todo caso su regulación legal es muy similar a la de los bancos, sobretudo por el inciso 2º del artículo 111 citado, según el cual "todas las referencias a bancos, empresas bancarias o bancos comerciales que se hacen en esta ley (de Bancos) se entenderán hechas también a las sociedades financieras..."

Nos corresponde ahora determinar si estas sociedades financieras constituyen sujetos pasivos de la obligación al secreto bancario latu sensu.

Creemos que estas sociedades financieras están sujetas al secreto bancario, ya que ellas están regidas por las mismas disposiciones legales aplicables a los bancos, y cuyas excepciones no contemplan al secreto sobre las operaciones de

sus clientes. Por otro lado, expresamente el artículo 111 establece que se rigen por las disposiciones del Código de Comercio, el que, como vimos, contempla a la costumbre como su suplente en el propio silencio; y como la costumbre ha consagrado el secreto bancario respecto de los bancos, no vemos razón para no entender incorporada esta obligación respecto de las sociedades financieras, que realizan operaciones similares a los bancos, salvo contadas excepciones, y que se rigen por las mismas normas legales.

A mayor abundamiento, siendo el fundamento del secreto bancario la garantía constitucional del respeto a la privacidad económica de las personas, y al ser depositarias estas sociedades de tantos secretos de sus clientes como los bancos, estarían entonces igualmente obligadas a guardarlos celosamente.

. . .

Finalmente, las sociedades financieras con los bancos conforman lo que se ha dado en llamar las "instituciones financieras", expresión global y genérica que, según la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, "comprende a toda empresa que habitualmente se dedique a prestar dinero o a conceder crédito, sea que lo haga con sus propios fondos o con fondos recibidos de terceros (...), y dentro de este amplio género se encuentra la especie empresa bancaria".

De este modo, como todas las instituciones financieras estarían sometidas al "secreto bancario" latu sensu, éste, utilizando correctamente el idioma, tendría que pasar a llamarse "secreto financiero". En todo caso, aún reconociendo la precisión de dicha expresión para referirse al tema, nosotros lo seguiremos llamando en lo sucesivo secreto bancario.

3.- Empleados, funcionarios o dependientes.-

Creemos, por el apoyo doctrinario que presta el derecho comparado y por lo que dispone el derecho positivo chileno, que estarían obligados a guardar el secreto bancario todas las personas que presten servicios en el banco, cualquiera que sea el nexo con éste, y que por razón de ello hayan conocido cualquier noticia, dato o antecedente sobre los aspectos económicos de un cliente.

Esta obligación emana;

1º de la propia obligación del banco como tal. Porque si es una obligación del banco, como institución, mantener este secreto, con mayor razón lo es obligación para sus empleados. Debe distinguirse aquí a los dependientes de los órganos de expresión del banco, como gerentes o directores, ya que éstos también pueden actuar por el ente. Si así no lo hacen, quedan igualmente sujetos al secreto.

2º De los propios contratos de los empleados bancarios, que

tradicionalmente contemplan una cláusula del tenor siguiente:
"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" (124).

3º De la costumbre que lo obliga a guardar celosamente los secretos revelados por los clientes, y los cuales no hubiera conocido sino ejerciendo funciones en una institución bancaria.

4º De la constitución, que resguarda los secretos de los demás.

SECCION III: EXTENSION DEL SECRETO BANCARIO

Nos referiremos aquí a la extensión o alcance del secreto bancario.

Sus límites. Esto es, el punto más allá del cual ya no existiría la obligación de reserva, y antes del cual todo debe permanecer reservado, por constituir precisamente lo que es en esencia el secreto bancario.

La actividad bancaria es muy amplia, cubriendo una gran variedad de operaciones realizadas entre un banco y sus clientes, y de las cuales fluyen un sinnúmero de datos, hechos,

noticias o antecedentes.

De este modo, se pretende determinar, en nuestro derecho, no sin antes revisar ciertos criterios en doctrina comparada, si el secreto bancario cubre todas esas operaciones, datos, etc., o sólo algunas de ellas.

Criterios en doctrina comparada

1.- El Líbano.— La ya citada ley libanesa sobre el secreto bancario, de 3 de septiembre de 1956, establece en su artículo 2^o que quedan comprendidos dentro del secreto absoluto "los libros, operaciones y la correspondencia bancaria", no pudiendo revelarse "los nombres de los clientes, sus haberes y los hechos de los cuales ellos (los empleados y directores de los establecimientos bancarios) tienen conocimiento".

Es tan amplio el secreto, que el artículo tercero autoriza a los establecimientos bancarios para abrir a sus clientes cuentas de depósitos numeradas cuyo titular es sólo conocido por el Director del Banco o de su representante.

2.- Italia.— El artículo 10, apartado primero, de la Ley Bancaria Italiana, citada en la primera parte, incluye dentro del secreto de oficio a que están sujetos los banqueros a "todas las noticias, las informaciones o los datos referentes a la entidad de crédito", no haciendo ningún distingo ni limitación,

por lo que cubriría toda la amplia gama de antecedentes que sobre el cliente maneja el banquero.

De la definición de secreto bancario formulada por Messineo, que citamos en la primera parte, fluye este criterio preponderante en la doctrina italiana; el secreto debe entenderse respecto de todas las relaciones que se establecen entre el banco y el cliente, o en las operaciones que el banco realiza con terceros en interés o por cuenta (aunque no sea en nombre) del cliente (125). Incluso Gofsis, otro autor italiano, habla del "absoluto secreto" de las operaciones de banco, no pudiendo suministrarse noticia ninguna sobre ellas (126).

3.- Inglaterra.- En el caso "Tournier v. National Provincial Bank Ltd.", ya citado, se dijo que el deber de secreto es lo suficientemente amplio como para cubrir toda la información adquirida por el banquero.

4.- España.- El profesor español Joaquín Garrigues hace distinciones respecto de la extensión del secreto bancario, esto es, sobre lo que recae. Según él, recae sin discusión sobre las cifras de balance del cliente; su volumen de ventas; las listas de suministradores y clientes; las operaciones concretas que median entre el banquero y su cliente (cuantía de los saldos activos y pasivo, importe y naturaleza de los efectos recibidos para descuento o para cobro, lista de los valores constituidos en

125.- Obra citada., pág. 129.-

126.- Citado por Malagarriga, op. cit., pág. 69.-

depósitos, órdenes de pago, transferencias, etc.). Por el contrario, no entrarían dentro de la obligación de secreto los datos que el banco conoce al margen de la relación con su cliente, y cita el siguiente ejemplo: el banco sabe por medio de un tercero que uno de sus clientes quiere participar en un determinado negocio y comunica este hecho a otra persona (127).

Rafael Jiménez de Parga Cabrera afirma también que el secreto bancario presentaría excepciones, las que sin embargo deben ser muy limitadas, "pues un secreto bancario vulnerado con constantes limitaciones se diluye en su funcionamiento real" (128).

5.- México.— El artículo 105 de la citada Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, dice que los obligados al secreto "no podrán dar noticias de los depósitos y demás operaciones..." englobando así con esta fórmula muy general la totalidad de las operaciones que se realizan en un banco y de las cuales emanan los secretos de los clientes. En este sentido, el secreto en México se nos presentaría como absoluto, sin excepción.

6.- Suiza.— Ya se ha dicho lo amplio del secreto bancario en este país, desde que se incluye en él todo tipo de noticias sobre depósitos, operaciones del cliente, otorgándole incluso a éste la posibilidad de mantener en reserva su nombre. La misma

127.- Obra citada, pág. 275.-

128.- Obra citada, pág. 403.-

ley suiza lo califica de "absoluto".

7.- Bélgica. - Robert Henrion, jurista belga (129) analiza detenidamente este punto. Según él, el secreto cubre todas las cosas confiadas o conocidas en ocasión de las negociaciones, como las operaciones en sí mismas y, de una manera general, la situación de las cuentas. Agrega que la sola circunstancia de que un dato o noticia haya llegado a conocimiento de un banquero en ocasión del ejercicio de las relaciones con el cliente, es suficiente para quedar cubierto por el secreto. Además, entiende no sólo protegidos los intereses patrimoniales del cliente sino también los morales. Concluye que sólo estarán excluidos del secreto los hechos que el banquero hubiera conocido por otras circunstancias, como la de ser pariente o amigo del cliente, o por haberlo sabido de terceros, incidentalmente y sin relación con la vinculación comercial con aquél, pero -dice- que aún en estos casos el banquero debe actuar con prudencia.

8.- Argentina. - La ley bancaria argentina, n.º 18.061, ya citada, en su artículo 33 establece que se prohíbe a las entidades obligadas al secreto "revelar las operaciones que realicen y las informaciones que reciban de sus clientes", abarcando, con esta fórmula bastante amplia todo tipo de revelaciones.

Nuestro Derecho

129.- Citado por J. C. Malagarriga, op. cit., pág. 71.-

De los criterios extranjeros citados se desprende claramente la tendencia predominante: extender el secreto bancario a todo tipo de informaciones del cliente, como de las operaciones realizadas por éste con el banco. Es esta la regla general.

No hay razón alguna para no entenderlo así en Chile. Por el contrario, creemos haber encontrado argumentos suficientes como para sostenerlo.

Fluye entre nosotros esta regla del fundamento mismo del secreto bancario como de sus fuentes legales *latu sensu*:

a) Siendo el fundamento del secreto bancario, en cuanto a su obligatoriedad, la intimidad o la privacidad de los asuntos económicos del cliente, deberán estar incorporados al secreto todas las noticias reveladas al banco, así como las operaciones que el cliente realice con éste; ya que todas, sin excepción, conforman su intimidad, que -según hemos dicho-, como la persona misma no puede dividirse.

b) La Constitución Política del Estado establece dos reglas fundamentales en la materia: i) el respeto y protección a la vida privada de la persona; y ii) la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, pudiendo interceptarse, abrirse o registrarse las comunicaciones y documentos privados sólo en los casos y formas determinados por la ley (Constitución de

1980, art. 19, n^{os}. 4 y 5, respectivamente).

De aquí fluye un principio: el secreto es regla general en nuestro Derecho, ya que es parte de la privacidad de la persona; por lo que todo tipo de datos u operaciones estará cubierta por él, menos "los casos y formas determinados por la ley".

2) Un concluyente argumento, a nuestro parecer, encontramos en el artículo 7^o inciso primero de la Ley Orgánica de las Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, cuyo texto fue fijado por el Decreto Ley n^o 1.097 de 25 de julio de 1975.

Dicha disposición establece prohibición a toda persona que preste servicios en la Superintendencia de "dar 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".

Sabemos, además, que corresponde a la Superintendencia ejercer la más amplia fiscalización sobre todas las operaciones y negocios del Banco Central, del Banco del Estado, de las empresas bancarias y, en general, sobre todas las entidades financieras (artículos 12 y 2^o de la Ley citada). Para estos fines dicha entidad fiscalizadora puede examinar "sin restricción alguna (...) todos los negocios, bienes, libros, cuentas, archivos, documentos y correspondencias de dichas instituciones".

Ahora, remuéndese que este artículo 7º lo citamos como fuente legal del secreto bancario, y ello movidos por la siguiente razón: esta disposición está referida a los funcionarios de la Superintendencia que, en cumplimiento de su función fiscalizadora, pueden conocer todos los "negocios", "archivos", "documentos" y "correspondencia" de los bancos e instituciones financieras. Estos "negocios", etc, se comprende, se referirán a los clientes de estas entidades, dejando traslucir por lo tanto todos sus antecedentes que han depositado como secretos en un banco por constituir su intimidad económica. He aquí entonces el motivo del establecimiento de la norma del artículo 7º inciso primero: el legislador, implícitamente, ha reconocido el secreto bancario, que como tal (como secreto) se traslada a la institución fiscalizadora.

Si no fuera así ¿que razón habría tenido el legislador para exigir reserva a los empleados de la Superintendencia? Por lo tanto, debemos concluir que se la exige porque sabe que las operaciones y datos que en su función de fiscalización llegan a conocimiento de la Superintendencia están resguardadas por el secreto, el que ante ella, y por razones de orden público, debe ceder, pero que ante los demás, por imperativo Constitucional, debe mantenerse como tal.

El sólo hecho de tener que otorgar facultades expresas significa reconocer esta reserva, ya que si no existiera obligación de reserva, ¿a qué otorgar facultades?

Ahora, volviendo a lo que específicamente tratamos, la extensión del secreto, y basados en lo anterior, diremos: si los funcionarios de la Superintendencia deben guardar reserva sobre "cualesquiera hechos, negocios o situaciones", de que hubieren tomado conocimiento, es porque el secreto bancario cubre también todas estas fórmulas. Por lo tanto, y como conclusión final, trasladado esto al secreto bancario diremos que éste cubre todos los "hechos, negocios o situaciones" de los cuales fluyan antecedentes o noticias o datos de los clientes, y que los bancos hubieren tomado conocimiento en sus relaciones con éstos.

3) Por último la costumbre también nos da antecedentes sobre la extensión del secreto bancario. Ya hemos dicho que ella constituye una fuente jurídica del secreto bancario, la que le ha dado a éste una amplitud tal que cubriría todo antecedente o noticia o dato que el banco conozca de sus clientes. Así lo han entendido siempre estas instituciones, negándose a dar cualquier información de sus clientes a terceros, con la sola excepción de los casos en que la ley expresamente la obliga y de los "informes bancarios", que veremos más adelante.

Sin embargo, dos autores chilenos, Emilio Charad Lahud y Rubén Celis Rodríguez (130), limitan el secreto de los bancos sólo al movimiento y saldos de la cuenta corriente bancaria y a las operaciones que la ley de expresamente el carácter

130.- Citados por Juan Pinto Lavín, op. cit., pág. 21 y 22.-

de confidenciales. El primero de ellos argumenta su posición sosteniendo que "el secreto o reserva constituye una excepción a normas generales y, como tal, requeriría de una norma expresa que la estableciera", y por lo tanto, a su parecer, todo otro tipo de operaciones bancarias, fuera de los casos mencionados, no estaría cubierta por el secreto (él menciona sólo dos casos: la cuenta corriente bancaria y los depósitos de confianza de que trata el artículo 2.225 del Código Civil).

En forma similar opina el Servicio de Impuestos Internos que ha dicho que "no hay texto expreso que con carácter general declare que éste (el Banco) se encuentra obligado a mantener reserva respecto de terceros de las operaciones que efectúan con sus clientes, haciendo salvedad a este principio únicamente la reserva del movimiento de la cuenta corriente y sus saldos" (131).

No podemos compartir estas opiniones, ya que, como hemos afirmado, el secreto bancario es regla general en nuestro Derecho, y ello basados en una norma constitucional. Es un error por lo tanto decir que la reserva es una excepción, ya que precisamente ella es la regla. La norma que legisla sobre la reserva en la cuenta corriente bancaria, y establece a su respecto una condicionada excepción, y la norma del artículo 2.225 del Código Civil que legisla sobre el secreto en los depósitos de confianza, no son más que manifestaciones del principio

131.- Circular n^o 84 de 22 de junio de 1977.-

general de la reserva establecido en la Constitución, el que cubriría todo tipo de operaciones bancarias, las que de suyo están integradas de antecedentes económicos que conforman la intimidad de las personas.

Refiriéndose a esto mismo, Luis Morand (132) dice que el hecho de afirmar el secreto de la cuenta corriente no significa negar el que debe proteger también todas las sumas que a cualquier título pueda entregar el público como depósito o captación a un banco. Esta parte, a su juicio, del secreto bancario es absoluto y sólo cede cuando una disposición legal expresa lo permite, en determinadas circunstancias y a ciertas autoridades.

Respecto de las demás operaciones de los bancos, según expresa la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (133), y con lo cual concuerda Luis Morand y nosotros, incluyendo en ellas naturalmente los préstamos y colocaciones en general, no estarían sujetos a un secreto o reserva tan absoluta, ya que ello no se conciliaría con la cobranza judicial de los bancos, que necesariamente debe ser pública, y con los informes bancarios, a lo que nos referiremos en la última parte de nuestra próxima sección.

Resumiendo: El secreto bancario cubre todo tipo de informaciones sobre cualesquiera hechos, negocios o situaciones de que emanen secretos de los clientes, y que hayan llegado

132.- Obra citada, pág. 162.-

133.- Circular n° 1.695 de 23 de julio de 1980.-

a conocimiento de las instituciones bancarias en sus relaciones con éstos, el que sólo cederá ante los intereses de la colectividad y del propio banco. Al estudio de estas excepciones hemos reservado la próxima sección.

SECCION IV: EXCEPCIONES AL SECRETO BANCARIO

Hemos dicho que el secreto bancario constituye la regla general en nuestro Derecho, estando protegido -por sus fundamentos- en la Constitución Política del Estado.

De este modo, la obligación del banquero emana de la Constitución, que asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada de las personas y la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. Consiguientemente, estas garantías se refieren y defienden un interés particular, de las personas.

Pero dentro de la sociedad existen otros intereses que, por mirar al Bien Común, pueden anteponerse al de las personas. Es así como la propia Constitución se encarga de reconocerlo implícitamente, cuando luego de decir que los documentos privados son inviolables, agrega que ellos pueden "interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y en las formas determinados por la ley".

Entonces será la ley la encargada de establecer los casos y formas en que el secreto bancario debe ceder ante

estos intereses prevalentes al que él defiende.

Todas las legislaciones que consagran el secreto bancario, se encargan de establecer también, con mayor o menor amplitud, excepciones a éste, reconociendo los intereses superiores a la colectividad.

Sin embargo, el anteponer los intereses públicos a los privados no debe llevar a limitar al secreto bancario a espacios tan estrechos que lo transformen en una verdadera excepción. El secreto bancario, como lo hemos dicho, es la regla general, y sus límites la excepción. Por lo cual, de acuerdo a las reglas de la sana interpretación legal, estas excepciones deben interpretarse en forma restringida. Además, si el interés público puede defenderse a través de otros medios, sin necesidad de abolir el secreto del banquero, debe preferirse esta solución.

Estas excepciones, para su estudio, las agrupamos del siguiente modo:

- A. frente a la justicia civil;
- B. frente a la justicia criminal;
- C. frente a ciertos órganos administrativos;
- D. los informes bancarios, y
- E. frente a los intereses del banco.

A.- EXCEPCIONES FRENTE A LA JUSTICIA CIVIL.-

Previo al estudio concreto de las posibles excepciones frente a la judicatura civil, se harán tres puntualizaciones que estimamos de sumo interés;

1) La intervención de la justicia civil presupone la existencia de un juicio, esto es, de una contienda actual entre partes y cuyo conocimiento corresponda a los Tribunales de Justicia (artículo 1º del Código de Procedimiento Civil).

Esto no podría ser de otro modo, ya que en materias civiles la función jurisdiccional debe ser provocada por los particulares ejerciendo alguna acción determinada.

Además, y como se verá, tampoco en cualquier juicio podrán pretenderse que se desvelen los antecedentes que el banquero conoce de sus clientes, sino que ellos deben tener una relación directa con la cuestión debatida.

Así, la sola existencia de un juicio, conocido por juez competente, no basta para impetrar una excepción a esta garantía constitucional.

Recordemos también que en el procedimiento civil las pruebas se producen a requerimiento de las partes (con la excepción de las medidas para mejor resolver), por lo que un juez podría autorizarlas sin demasiado análisis. Creemos que en materia tan importante, sobretudo estando de por medio una garantía constitucional y no existir más que intereses particulares en litigio, el Tribunal debe fundar su decisión, en los

restringidísimos casos que se los faculta para desvelar secretos, y que se verán más adelante.

Lo contrario, como apunta Juan Carlos Malagarri-ga, importaría "echar por tierra todo el fundamento de la institución", y bastaría con que cualquier interesado en conocer datos de la actividad bancaria de un tercero, aprovechara cualquier acción que eventualmente pudiera tener contra éste, y en la estación procesal oportuna ofreciera prueba de informes, requiriendo respuesta por la institución bancaria a determinado cuestionario vinculado con el litigio, para que hubiera logrado su aspiración, sin riesgo ni sanción alguna (134).

2) Respecto a las partes del juicio, debemos distinguir:

a) pleito entre el banco y un cliente. Este caso, por su especialidad, y fundamentos especiales, se estudiará separadamente al final de esta cuarta sección.

b) pleito entre el banco y un tercero. Aunque es difícil de configurarse la hipótesis de que el banco en un juicio con un tercero (o con un cliente diferente) tenga que revelar datos de un cliente suyo. En todo caso diremos que no podrá configurarse jamás una excepción al secreto bancario, ya que los intereses particulares en juego no son superiores al del cliente, garantizados por la constitución.

c) pleito entre terceros. La solución es idéntica al caso an-

134.- Obra citada, págs. 93 y 94.-

terior, y no podrá el secreto ceder ante una petición en un juicio seguido entre terceros, diferentes al cliente y a la Institución.

d) pleito entre un cliente y un tercero. En este caso, cualquiera de ellos puede haber solicitado como medida prejudicial o como prueba, informes o remisión de antecedentes al banco. Debemos subdistinguir tres situaciones:

1^o Estos informes han sido solicitados a través del Tribunal por quien es cliente; si él es quien ha solicitado esta prueba sobre secretos propios, está dando expresa autorización al banco para revelar sus secretos; 2^o está relevando de la obligación de callar.

Sin embargo, Pierre Gulphe opina -respecto al derecho francés en que el banquero está sometido al secreto profesional-, que puede concebirse que un banquero no desee, por diferentes razones, tal como un exceso de escrúpulo, revelar el detalle de las operaciones financieras de un litigante cliente suyo, a pesar de la demanda expresa de éste (135). Creemos que es dudoso si el Tribunal puede obligar al banco a informar en este caso; ya que, por un lado, el banco podría estar exigiendo se le deje guardar secretos propios (también garantidos por la Constitución), pero, por otro lado, el cliente tiene el derecho a revelar o no sus secretos, siempre que con ello no perjudique al banco.

135.- Obra citada, pág. 33.-

2º Informe solicitado por quien no es cliente y litiga con éste: Debemos recordar que dentro del juicio, y ante cada solicitud de prueba de alguna de las partes, la otra parte tiene la posibilidad de oponerse a ella. Consiguientemente volveremos a distinguir:

i) si el cliente no se ha opuesto a la solicitud contraria de pedir informes al banco sobre operaciones o antecedentes suyos, creemos que está tácitamente relevando al banco de la obligación de mantener el secreto, por lo que éste estará facultado (facultado digo, por la observación de Gulphe recién mencionada) para informar.

ii) si el cliente se ha opuesto a la producción de dicha prueba, y no obstante ello el juez ha acogido la solicitud de informes, el banco debe informar. Pero esta resolución judicial, como se dijo, debe ser fundamentada, ya que en un litigio de intereses particulares, el derecho al secreto de uno de ellos se encuentra garantido por la Constitución. Si bien el juez desea y debe conocer la verdad, no puede atentar contra la Constitución, sobretodo cuando no está involucrado el interés público.

3) La tercera y última puntualización previa, se refiere a si estas excepciones ante los Tribunales de Justicia envuelven sólo al ente bancario o financiero, a través de sus órganos de expresión (gerente, directorio) o también a sus empleados, ambos -recuérdese- sujetos pasivos del secreto bancario.

Hemos dicho que hay casos en que el banco podría quedar relevado de la obligación al secreto; pero esta relevación alcanzará sólo al "banco", como entidad, y jamás podrá alcanzar a sus empleados.

Como apunta Juan Carlos Malagarriga (136), debe tenerse en cuenta que el cliente no lo es de tal o cual empleado, sino que su relación se establece con el ente, al cual se ha dirigido por diferentes razones, como, por ejemplo, seriedad, solvencia, prestigio, o incluso, quizá por mera ubicación o comodidad. Así, el cliente no sólo deposita sus fondos en la institución, sino también su confianza, y es a ésta a quien exige la preservación de sus secretos; los empleados, entonces, son simples receptores de los requerimientos del cliente y ejecutores de la voluntad del ente.

De este modo, sólo los órganos o personas que tienen la representación del ente y que por lo tanto pueden manifestar su voluntad, estarían relevados de la obligación de secreto en los casos de excepción. Sus empleados siempre deben callar.

. . .

Entrando ahora al análisis de las excepciones frente a la justicia civil, diremos que éstas se podían presentar por la vía de alguna de estas gestiones procesales:

- a) por la exhibición de documentos;
- b) por las declaraciones de testigos;

136.- Obra citada, pág. 89.-

- c) por alguna medida prejudicial o de embargo; y
- d) por alguna medida para mejor resolver.

Veamos:

- a) en cuanto a la exhibición de documentos.-

El artículo 349 del Código de Procedimiento Civil establece que "podrá decretarse, a solicitud de parte, la exhibición de instrumentos que existan en poder de la otra parte o de un tercero, con tal que tengan relación directa con la cuestión debatida y que no revistan el carácter de secretos o confidenciales" (inciso 1º). Agrega en su cuarto y último inciso que "cuando la exhibición haya de hacerse por un tercero, podrá ésta exigir que en su propia casa u oficina se saque testimonio de los instrumentos por un Ministro de Fe".

Distinguiremos:

1.- Documentos emanados de la institución bancaria (algo de lo cual dijimos en la segunda puntualización previa, letra d) nº 1 "in fine"). En este caso la exhibición sólo podría ser ordenada en un juicio en que el banco es parte, ya sea como demandante o demandada. Como hace notar Juan Pinto Lavín (137), "no existe disposición legal alguna que obligue a los terceros a presentar en un juicio en el que no son parte o cuyos resultados no les afecten, los documentos de su propiedad" y, agregamos, que forman parte de su intimidad. Por lo demás, continúa diciendo, los documentos privados emanados de un tercero no hacen fe contra las

partes y los hechos que consten en ellos deberán ser probados por otros medios, como por ejemplo testigos, quienes tendrán, generalmente, la obligación de declarar.

2.- Documentos emanados de un cliente.- Este cliente:

a) no es parte en el juicio (desde el cual se solicita el documento): se aplica la misma solución anterior.

b) es parte en el juicio: en este caso debemos recordar lo dicho en la segunda puntualización previa, letra d), n^os. 1 y 2, en el sentido de si es el cliente quien pide la exhibición, el banco quedaría relevado de la obligación de callar, debiendo exhibir los documentos, siempre y cuando en ellos no consten secretos que considera propios; si es la contraparte quien solicita la exhibición, y el cliente no se opone a ello, habría un tácito relevo.

Respecto al caso en que, solicitada la exhibición por la contraparte, y el cliente se opone a ello, no obstante lo cual se decreta la medida, haremos las siguientes precisiones. Esta medida debe cumplir dos requisitos, los que en toda oportunidad que no se cumplan, facultarían al banco para no informar. Ellos emanan de la propia disposición citada:

1^o Deben (los documentos) tener "relación directa con la cuestión debatida". Esto es, debe haber una estrecha conexión entre lo que determinadamente se le pide al banco que informe y lo debatido. No basta que dentro de los hechos del juicio haya relación

con alguna operación de un cliente, sino que estos documentos deben estar conectados con lo que stricto sensu se debate. Además, recuérdese que estamos en presencia de una excepción, por lo que debe interpretarse en forma restringida.

2^o Que no revistan el carácter de "secretos o confidenciales".
He aquí el requisito que impedirá en casi todo juicio a los bancos emitir informes o remitir documentos de sus clientes. No podría ser de otra manera ya que, como hemos dicho en tantas oportunidades, está de por medio una garantía constitucional, y esta disposición legal, al dejar de lado el examen de documentos que revistan el carácter de secretos o confidenciales, no hace más que acatar los términos de la Constitución.

En los casos que haya autorización expresa o tácita del cliente, el banco podría informar; pero estimamos que cuando esta autorización no existe, el banco está obligado a mantener reserva, so pena de quebrantar el secreto bancario, y responder de los perjuicios que con ello le cause al cliente.

Por lo visto, es muy restringida, al menos ante los juzgados civiles, la información bancaria de que podrán disponer los Tribunales, sobretudo por estar involucrados en su decisión sólo intereses particulares. Y en los casos excepcionales que sea procedente deberá tratarse de antecedentes realmente imprescindibles, debiendo exigirse una escrupulosa ponderación. Sin embargo algún tribunal podría estimar que al dilucidar la

verdad de los hechos sometidos a su decisión es un interés público; pero creemos que eso no autorizaría violar la garantía constitucional, sobretodo habiendo disposición legal expresa al respecto, y existiendo tantos otros medios legales para dilucidar verazmente los hechos.

Finalmente, en caso de decretarse esta medida por resolución ejecutoriada, el banco podrá exigir que "en su oficina se saque testimonio de los instrumentos por un Ministro de Fe", de acuerdo al inciso final de la disposición que regula la exhibición. De modo que no será necesario que envíe al Tribunal los antecedentes o instrumentos, sino que, si el banco así lo quiere, será el propio Tribunal por medio de un Ministro de Fe quien se debe apersonar a su oficina y tomar testimonio de lo requerido.

b) declaraciones de testigos.-

Según el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, siempre que lo pida alguna de las partes, mandará el Tribunal que se cite a las personas designadas como testigos. Agrega que el testigo legalmente citado que no comparezca, podrá ser compelido por medio de la fuerza pública a presentarse ante el Tribunal que haya expedido la citación. Y si compareciendo se niega sin justa causa a declarar, podría ser mantenido en arresto hasta que preste su declaración.

Ahora, un banquero podría ser citado como testi-

go. Recordemos al respecto que éste es depositario de confidencias ajenas, las que constituyen secretos que, por mandato constitucional, está obligado a callar.

Pensamos al respecto que el banquero, así citado -y por lo tanto debiendo comparecer a la citación-, tendría justa causa para no declarar, basado en el n^o 1 del artículo 360 del mismo código, que dice: "no serán obligados a declarar:...

1^o Los eclesiásticos, abogados, escribanos, procuradores, médicos y matronas, sobre hechos que se les hayan comunicado confidencialmente con ocasión de su estado, profesión u oficio". Podemos basarnos para arribar a esta conclusión en que hay un adagio aplicable a la interpretación legal que dice "donde existe la misma razón, debe aplicarse la misma disposición", por lo que siendo el banquero depositario de hechos que sus clientes les han comunicado confidencialmente con ocasión de su oficio, estarían comprendidos en esta disposición. Además, como Juan Pinto Lavín (138), pensamos que la enumeración de esta norma es sólo ejemplar y no taxativa.

Incluso podría ser invocada como justa causa para no declarar por el banquero el n^o 3 de este mismo artículo, que señala -en lo pertinente- que: "no serán obligados a declarar: ...3^o Los que son interrogados acerca de hechos que afecten al honor del testigo o que importen un delito de que podría ser criminalmente responsable el declarante".

138.- Obra citada, pág. 22.-

Pero, estamos seguros, que bastaría con que el banquero invocase el n^o 1 de este artículo, por los fundamentos que hemos señalado a lo largo de todo este trabajo.

c) en cuanto a medidas perjudiciales o, incluso, de embargo.-

El artículo 273 del Código de Procedimiento Civil establece que "el juicio ordinario podrá prepararse exigiendo el que pretende demandar de aquel contra quien se propone dirigir la demanda: ...3^o la exhibición de sentencias, testamentos, inventarios, tasaciones, títulos de propiedad y otros instrumentos públicos o privados que por su naturaleza pueden interesar a diversas personas". Además, y en lo que concierne a nuestro tema, los artículos 275 y 276 del mismo código establecen que esta exhibición se debe hacer mostrando el objeto que deba exhibirse, y que si el objeto se haya en poder de terceros, cumplirá la persona a quien se ordena la exhibición, expresando el nombre y residencia de dichos terceros, o el lugar donde el objeto se encuentra. Además, pueden decretarse apremios contra los terceros que, siendo meros tenedores del objeto, se nieguen a exhibirlo.

Creemos que para este caso, el banco no estará obligado a hacer exhibición alguna, amparado en la Constitución. A menos que la persona contra quien se ordene la exhibición exprese el nombre y dirección de la institución bancaria, en el sentido de que un objeto suyo se haya en poder de ésta, en que

habría tácita autorización a exhibir.

Este caso lo asimilamos al de los embargos judiciales en un juicio ejecutivo o de cumplimiento forzado de una sentencia.

Previo analizar esto en Chile, diremos que en El Líbano existe norma expresa al respecto en su ley de 3 de septiembre de 1956, sobre el secreto bancario; dice: "ningún embargo puede ser realizado sobre los haberes depositados en los establecimientos bancarios sin la autorización escrita de sus propietarios". Por el contrario, en Francia por el artículo 569 del Código de Procedimientos Civiles (ley de 12 de noviembre de 1955), el banquero, como consecuencia de la notificación de embargo debe, no solamente declarar la existencia de la cuenta, si no indicar si el saldo es acreedor y, en la afirmativa, cuál es el monto; y si se requiere información sobre la existencia de títulos en depósito, debe igualmente suministrarla.

En Chile, revisadas minuciosamente las disposiciones respecto de embargos en juicios ejecutivos y de cumplimiento de sentencias, que se rigen por aquél, no encontramos disposiciones semejantes ni en uno ni en otro sentido.

Permítasenos entonces concluir, como Juan Carlos Malagarriga (139) en Argentina ante igual situación, que a falta de disposición expresa, los bancos podrían oponer el secreto, co

139.- Obra citada, pág. 100.-

no garantía constitucional, tanto al pedido de informes de un juez tendiente a establecer la existencia de cuenta corriente del demandado o del saldo de la misma, en su caso, como -agregámos- de cualquier otro valor embargable que un cliente posea en el banco.

Todo esto, como se dijo, a menos que el cliente haya indicado al banco como depositario de sus bienes, autorizando así expresa o tácitamente -como se quiera- su propio embargo.

..

Analizaremos finalmente, como posibles excepciones frente a la justicia civil en sentido lato, tres casos especiales:

- 1.- El secreto de la cuenta corriente bancaria;
- 2.- El secreto bancario frente a la quiebra de un cliente;
- 3.- El secreto bancario frente a la justicia de Menores.

No se analizará el reconocimiento general de la contabilidad de un comerciante que se establece en el artículo 42 del Código de Comercio, ya que no es una verdadera excepción al secreto bancario, por lo que creemos que no tiene relación directa con el tema.

- 1.- El secreto de la cuenta corriente bancaria (140).-

El artículo 1^º de la ley sobre Cuentas Corrientes
140.- Al respecto ver memoria ya citada sobre el tema de Gonzalo Urrejola Arrau.-

Bancarias y Cheques, en sus incisos 1º y 2º establece:

"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".

Como hemos dicho, la regulación que la ley hace respecto de la reserva en la cuenta corriente bancaria, es la aplicación del principio general que hemos estudiado: las operaciones bancarias son reservadas.

Para que se configure una excepción al secreto de la cuenta corriente bancaria es necesario que se cumplan las siguientes condiciones:

1º Que sea ordenada una "exhibición" por los Tribunales de Justicia. A este respecto, la Superintendencia de Bancos -e Instituciones Financieras hoy- (141) ha dicho que esta norma "sólo autoriza la exhibición de partidas, de manera que el banco no podrá ser obligado a proporcionar al Tribunal copia de dichas partidas. Por la misma razón procederá que la exhibición se haga en las oficinas del Banco y ante el mismo Juez, si éste ha

141.- Circular nº 313 de 26 de noviembre de 1943.-

decretado inspección personal del Tribunal".

En opinión de la Superintendencia el mismo procedimiento habrá de observarse cuando los Tribunales necesiten conocer los cheques y otros documentos pertenecientes a la cuenta (siempre y cuando ello sea procedente y no esté cubierto por el secreto bancario, agregamos nosotros). Continúa la Superintendencia: el Banco podrá exhibir estos instrumentos en sus propias oficinas y no estará obligado a entregarlos al Tribunal ni a proporcionarles copias de ellos. En todo caso, sobre esto ya algo hemos dicho al tratar la exhibición de documentos.

2º Que esta causa se siga con el "librador"; esto es, que sea parte.

Respecto de este requisito, Luis Morand (142) opina que aún refiriéndose a "librador", esto es, quien gira un cheque, la ley habría querido decir "cuentacorrentista". Con este criterio podría revisarse cuentas corrientes sin relación al giro de un determinado cheque.

No compartimos esta opinión, aunque se diga que nos estaríamos apegando demasiado a la letra de la ley, ya que los términos de ella son claros, en el sentido de referirse sólo a "librador". Esto significa que debe tratarse de una causa donde sea materia de litigio el giro de un cheque. Si la parte es cuentacorrentista sólo, y no es materia de litigio el giro

de un cheque (hecho por el cual el cliente pasa a denominarse legalmente "librador") no se configura este requisito. Por lo demás, esta es una norma de excepción y debe interpretarse en forma restringida.

3º Que se refiera a "determinadas partidas" de la cuenta corriente.

Esto significa que no se podrá ordenar jamás una exhibición completa de la misma, o hacerlo a través de sucesivas revisiones en que se llegue a lo mismo.

2.- El secreto bancario frente a la quiebra de un cliente.-

Según la nueva ley de Quiebras (nº 18.175 de 28 de octubre de 1982), el Síndico tiene la plena representación del fallido (artículo 27 inciso 1º y nº 1). Además, el artículo 64 inciso 3º de esta ley confirma lo anterior diciendo que la administración de que es privado el fallido pasa de derecho al Síndico.

Es por esto que la sentencia que declara una quiebra, debe contener, entre otras menciones, la orden de que el Síndico se incaute de los bienes y documentos del deudor, y la orden de que las oficinas de Correos y Telégrafos entreguen al Síndico la correspondencia y despachos telegráficos cuyo destinatario sea el fallido. Además, el Síndico, puede revisar la cuenta corriente del fallido con relación a la masa en concurso.

Por otro lado, todas las personas que tengan bienes o papeles pertenecientes al fallido deben ponerlos a disposición del Síndico.

Vale la pena hacer algunos comentarios sobre el particular:

a) en el fondo, no se trataría esto de una excepción al secreto bancario, ya que sería, por una ficción legal, el mismo fallido quien actúa. Lo hace por medio de un tercero, facultado por la ley para hacerlo, a título de representante. Tenemos que justificar este mecanismo creado por el legislador, ya que las normas que rigen las quiebras responden al llamado de un interés general, que está por encima del interés particular del fallido en mantener en reserva sus documentos. Por lo demás, de otra manera sería difícilmente concebible un procedimiento de quiebras.

b) La facultad del Síndico para abrir la correspondencia como de incautarse de los documentos privados, son claramente excepciones al precepto constitucional que consagran la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados y el derecho a la vida privada, en donde radica el fundamento de la obligatoriedad erga omnes del secreto bancario. Y es por el mismo reconocimiento a esto que la ley los ha limitado sólo a aquellas que tengan "relación con los negocios de la quiebra", no pudiendo referirse jamás a correspondencia o documentos que nada ten

gan que ver con el malogrado negocio.

3.- El secreto bancario frente a la justicia de menores.-

El artículo 36 de la Ley de Menores (n^o 16.618 de 8 de marzo de 1967), establece que el Juez de letras de Menores, en todos los asuntos de que conozca, puede requerir todos los informes "que estimare necesarios". Agrega que "podrá también utilizar todos los medios de información que considera adecuados, quedando obligados los funcionarios fiscales, semifiscales, de empresas del Estado o establecimientos particulares subvencionados por éste, a proporcionarlos cuando les sean solicitados para los efectos de la presente ley".

Juan Pinto Lavín opina que estaríamos en presencia de una clara y amplísima excepción a la obligación de reserva bancaria, y que no admite excusa alguna (143).

Nos permitiríamos discrepar de su opinión, basados en el fundamento constitucional que le hemos dado a la institución del secreto bancario y en la exégesis del citado artículo 36 de la Ley de Menores:

a) La Constitución establece que los documentos privados sólo pueden registrarse "en los casos y en las formas determinados por la ley". Toda excepción, como hemos venido diciendo, debe interpretarse en forma restringida, y sólo se configurará en un precepto realmente claro en tal sentido: que exprese de manera

143.- Obra citada, pág. 22.-

precisa la "determinación" del "caso" y la forma de este registro. Creemos que en el artículo 36 en comento esto no se cumple; y por el contrario, frente al tema, es muy vago o indeterminado;

b) de la exégesis de la disposición concluimos que la ley ha querido referirse a informes de tipo social, médico o psicológico, como fluye de los ejemplos que señala. Y luego de mencionar en su inciso primero este "tipo" de informes que puede solicitar, en su inciso segundo, restringiendo aún más su campo de aplicación, señala los "medios" que puede utilizar para esta información; en general, instituciones relacionadas o del Estado, estando todas ellas, según el propio texto de la ley "obligados a proporcionar dichos informes" (entonces, implícitamente, está diciendo que las demás no estarían obligadas).

Por lo señalado, los bancos no tendrían obligación de emitir dichos informes. A pesar de la amplitud que se le concede a esta facultad por los Tribunales de Menores, creemos que no constituye una excepción al secreto bancario.

B.- EXCEPCIONES FRENTE A LA JUSTICIA CRIMINAL.-

En la instrucción de los asuntos penales, en los que hay envueltos intereses públicos superiores a los resguardados por el secreto bancario, de índole particular, éste deberá -muchas veces- ceder.

Se trata en los asuntos criminales de encontrar la verdad de un hecho que revestiría caracteres de delito, cuya represión el Estado debe asegurar en forma precisa, eficaz y oportuna.

Este interés superior exige muchas veces que ningún elemento de información capaz de permitir llegar a la verdad, sea escondido, con el fin de castigar a un culpable sin correr el riesgo de alcanzar a un inocente.

En atención a ello, nuestra legislación procesal penal le da amplias facultades a los Tribunales del Crimen. Nuestras próximas líneas tenderán a determinar dichas facultades en los casos que puedan afectar a la reserva bancaria.

El primer objeto de las investigaciones de estos jueces es la comprobación del cuerpo del delito, o sea, el hecho punible (artículos 108 y 109 del Código de Procedimiento Penal), y su celosa comprobación se realiza a través de los medios determinados por la ley, a que nos referiremos:

a) Entrada y registro en lugar cerrado.-

Materia regulada en los artículos 156 y siguientes del Código de Procedimiento Penal. Los artículos concernientes al tema en estudio, serían, a nuestro parecer, los que siguen: 156, 157, 161, 162, 163, 164, 165, 166 y 168.

Así, "los Tribunales pueden decretar la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado, sea público o

privado, cuando hubiere indicio de encontrarse allí el proceso o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles o cualesquiera otros objetos que puedan servir para descubrir un delito o comprobarlo" (art.156).

Según lo dispone el artículo 157, este registro "no se verificará sino después de interrogar al individuo cuya casa hubiere de ser registrada, y sólo si se negare a entregar la cosa que es objeto de la pesquisa o no desvaneciére los motivos que hayan aconsejado la medida". El inciso segundo de esta misma disposición señala que "el auto en que el Tribunal ordene la diligencia será siempre fundado".

Es muy importante además lo que señala el artículo 164: "en los registros debe evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni molestar al interesado más de lo estrictamente necesario. El que lo practique adoptará las precauciones convenientes para no comprometer la reputación de aquél, respetará sus secretos en cuanto esta reserva no dañe a la investigación".

Por último, en los artículos 165 y 166 se establece que se debe levantar un acta y se formará inventario de los objetos que se recojan durante el registro.

Es indudable que este lugar cerrado podría ser un banco; en cuyo caso creemos necesario puntualizar lo que sigue, basados en las disposiciones citadas:

- 1º Esta medida debe ser decretada por resolución fundada, esto es, exponer las razones o motivos que la justifican;
- 2º Previo a ello debe interrogarse a los personeros de la institución, pudiendo esto desvanecer los motivos que hayan aconsejado la medida;
- 3º Si se entregan voluntariamente las cosas cuyo retiro es el objeto de la medida, ésta no se llevará a cabo;
- 4º Para decretarla debe haber "indicios" de encontrarse allí efectos o instrumentos del delito, o libros o papeles o cualesquiera otros objetos que puedan servir para descubrir el delito o comprobarlo;
- 5º Debe evitarse inspecciones inútiles;
- 6º En la inspección misma, debe procurarse no perjudicar ni molestar al interesado más de lo estrictamente necesario;
- 7º Debe tomarse las precauciones necesarias para no comprometer la reputación del registrado;
- 8º Deben respetarse sus secretos en cuanto no dañen a la investigación, y
- 9º Debe levantarse acta e inventario.

b) Registro de libros y papeles.-

Se puede practicar el registro de libros o papeles de contabilidad del procesado o de otra persona, según el

artículo 169 del Código de Procedimiento Penal. Esto debe hacerse por el mismo juez y "en el único caso de aparecer indicios graves de que de esta diligencia haya de resultar el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante en la causa".

Agrega el artículo 171 del mismo código que "toda persona que tenga objetos o papeles que puedan servir para la investigación será obligada a exhibirlos o entregarlos". Si se rehusa, agrega, podría ser apremiada "del mismo modo que el testigo que se negare a prestar su declaración, a no ser que, fuere de aquéllas a quienes la ley autoriza para negarse a declarar".

De lo citado fluye lo excepcional de una medida de esta naturaleza; y que también debe ser fundada (la ley habla de "indicios graves").

Respecto a la excusa posible para no entregar o exhibir papeles, se debe vincular esto al artículo 201 n.º 2 del mismo código, sobre las personas que no están obligadas a declarar, como las que guardan secretos ajenos, que luego se verá.

c) examen de cuentas corrientes bancarias en casos de índole tributaria.-

Corroborar la excepcionalidad de todas estas medidas es lo que el artículo 62 del Código Tributario establece

expresamente que "la Justicia ordinaria podrá ordenar el examen de las cuentas corrientes en el caso de procesos por delitos que digan relación con el cumplimiento de obligaciones tributarias".

A este respecto, la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 15 de julio de 1963 (144) dijo que en los procesos por delitos tributarios, y en uso de estas facultades, pueden los Tribunales ordenar, incluso, el examen de cuentas corrientes bancarias de terceros, siempre que la diligencia tienda al esclarecimiento de los hechos investigados.

No estamos de acuerdo con la doctrina contenida en esta sentencia, ya que esta norma es *lex specialis*, que modifica las normas generales al respecto, y debe interpretarse en sentido restringido.

Por ello concluimos que en las investigaciones por estos delitos, sólo procede el examen de la cuenta corriente del presunto infractor; y además este examen sólo procede respecto de la cuenta corriente; en las demás operaciones bancarias y antecedentes de un cliente, el banco no está obligado a dejarse examinar, ya que la ley no le permite a los tribunales hacerlo.

Esto, en las investigaciones de índole tributaria, en que existe, como dijimos, esta *lex specialis*.

144.- En: Boletín del Servicio de Impuestos Internos, n.º 119, octubre de 1963, pág. 3.663.-

d) En los delitos de falsedad.-

Según el artículo 152 del Código de Procedimiento Penal, todo depositario de documentos impugnados de falsos está obligado a entregarlos al juez. Podría ocurrir el caso de falsificarse algún documento bancario perteneciente a un cliente o en que constaren operaciones de éste y que se encuentre en poder del banco. El banco estaría obligado a entregarlo al juez de la causa que se lo solicite.

e) Oficios.-

El artículo 52 del Código de Procedimiento Civil dice, sin determinación de destinatario, que: los tribunales del Crimen tienen la facultad de solicitar cualquier dato o antecedente mediante oficios.

Mediante uno de estos oficios podría solicitarse a un banco "antecedentes o datos" de un cliente.

Creemos que, aunque la ley no lo diga, deben ser fundados, estrictamente necesarios y relacionados con los hechos investigados. Además no debe existir, respecto del delito que se investiga, *lex specialis*, como en los delitos tributarios y de falsedad.

f) Testigos.-

Según la ley toda persona que resida en el territorio chileno y que no esté expresamente exceptuada, tiene la

obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar en causa criminal cuando supiere lo que el juez le preguntare (artículo 189 del Código de Procedimiento Penal).

El artículo 210 n.º 1 del mismo código, por su parte, establece que no están obligados a declarar "aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tienen el deber de guardar el secreto que se les haya confiado, pero únicamente en lo que se refiere a dicho secreto".

En este caso nuestro comentario se reducirá a citar la opinión de Alvaro Puclma Accorsi (145), que estimamos acertada. El dice que el Banco o sus personeros podrían negarse a declarar sobre determinados puntos, asilados en esta disposición, cuando lo que se les pregunte guarde relación con algún secreto que un cliente le haya revelado, pero únicamente en lo que se refiere a dicho secreto y siempre que el hecho no fuere constitutivo de delito.

. . . .

Al finalizar este acápite, debemos decir que aún las facultades de los Tribunales del Crimen, el secreto bancario no pierde su vigencia. Por el contrario, por el hecho de existir contadas excepciones, creemos que su existencia se ve vigorizada.

145.- Obra citada, pág. 39.-

Pero esto no significa que los banqueros no presten la debida colaboración a las investigaciones de los delitos que podrían haber cometido sus clientes o terceros, y a las cuales pueden aportar valiosos antecedentes. El fin del secreto bancario no es proteger al malhechor. O, como lo dicen Aubert, Kernén y Schönle (146), respecto de Suiza (uno de los países en que más ampliamente se ha admitido el secreto bancario): "nunca se ha admitido aquí que el secreto bancario pueda tender a favorecer el crimen o frenar la justicia en la persecución de los delitos de derecho común".

- - -

C.- EXCEPCIONES FRENTE A CIERTOS ORGANOS ADMINISTRATIVOS.-

En consideración a las facultades otorgadas por la ley a ciertos órganos administrativos, como consecuencia del interés público envuelto en sus funciones, muchas veces el secreto bancario deberá ceder. Pero no siempre y en toda su extensión. A través del estudio de las normas pertinentes trataremos de determinar hasta donde pueden llegar dichas facultades frente al secreto bancario, o lo que es lo mismo, hasta donde llegará el secreto bancario frente a las mismas.

Estos órganos de que hablamos son los siguientes:

- 1.- Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras;
- 2.- Superintendencia de Valores y Seguros;

146.- Obra citada, pág. 97.-

- 3.- Fiscalía de Defensa de la Libre Competencia;
- 4.- Contraloría General de la República; y
- 5.- Servicio de Impuestos Internos.

Su análisis:

1.- SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS.-

A su respecto ya algo hemos dicho en la sección tercera anterior. Esta entidad, antes Superintendencia de Bancos, fue creada por el Decreto Ley 1.097 de 25 de julio de 1975, que es su Ley Orgánica.

Es una institución autónoma, con personalidad jurídica, que se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda (artículo 1º Ley citada); y le corresponde velar el que las instituciones que fiscaliza (Banco Central; Banco del Estado; empresas bancarias, cualquiera que sea su naturaleza, y entidades financieras; cooperativas de ahorro y crédito y sociedades e institutos auxiliares de financiamiento cooperativo) cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan y ejercer la más amplia fiscalización sobre todas sus operaciones y negocios (artículo 12 misma Ley).

Para estos efectos la ley le ha concedido las siguientes facultades:

- a) examinar sin restricción alguna y por los medios que estime

del caso, todos los negocios, bienes, libros, cuentas, archivos, documentos y correspondencia de dichas instituciones y requerir de sus administradores y personal, todos los antecedentes y explicaciones que juzgue necesarios para su información acerca de su situación, de sus recursos, de la forma en que se administran sus negocios, de la actuación de sus personeros, del grado de seguridad y prudencia con que se hayan invertido sus fondos y, en general, de cualquier otro punto que convenga esclarecer (artículo 12 inciso 3º ídem);

b) visitar con la frecuencia que estime conveniente las instituciones sometidas a su fiscalización; (artículo 13 ídem.);

c) pedir a las instituciones sometidas a su vigilancia cualquier información, documento o libro que, a su juicio, sea necesario para fines de fiscalización o estadística (artículo 15, inciso 1º ídem.);

d) llamar a cualquiera persona a declarar, bajo juramento, acerca de cualquier hecho cuyo conocimiento estimare necesario para esclarecer alguna operación de las instituciones fiscalizadas o la conducta de sus funcionarios (artículo 17 misma Ley).

Huelga señalar que frente a estas facultades el secreto bancario dejará de surtir sus efectos propios o, mejor dicho, desaparecerá.

Pero como contrapartida y límite a estas revelaciones de secretos confiados por sus clientes a los bancos, y

que están obligados a realizar a la Superintendencia, el artículo 7º de la Ley Orgánica de ésta (artículo ya citado y comentado como fuente jurídica del secreto bancario en Chile), establece que: "queda prohibido a todo empleado, delegado, agente o persona que a cualquier título preste servicios en la Superintendencia, revelar cualquier detalle de los informes que haya emitido, o dar 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. En el caso de infringir esta prohibición, incurrirá en la pena señalada en los artículos 246 y 247 del Código Penal".

De este modo, no obstante desaparecer el secreto bancario frente a la Superintendencia, en virtud de esta disposición resurge en su plenitud respecto de terceros.

Pero este resurgimiento tiene a su vez tres "contraexcepciones":

i) emana del propio texto del artículo 7º citado, que sigue diciendo: "esta prohibición no obstará a las informaciones que sobre los entes fiscalizadores debe proporcionar el Superintendente dentro del ejercicio de sus funciones al Ministro de Hacienda, al Consejo Monetario o al Comité Ejecutivo del Banco Central".

En lo que concierne al Ministro de Hacienda, pensamos que aún teniendo un alto nivel dentro de la administración, sigue sujeto al sujeto, en virtud de la norma constitucional tan

tas veces citada que resguarda al secreto.

Respecto a los órganos del Banco Central, citados, creemos que existiría norma que los limita al respecto: el artículo 24 del Decreto Ley 1.078 de 28 de junio de 1975 (Ley Orgánica del Banco Central de Chile), establece que sus facultades y atribuciones están sujetas a las "limitaciones legales". Así, no habiendo norma que lo autorice revelar, cobra plena vigencia el precepto constitucional (recuérdese además el artículo 6º de la Constitución Política, según el cual los órganos del Estado deben someter su actuación a sus normas y a las dictadas conforme a ellas);

ii) un segundo caso encontramos en el artículo 7º del Decreto Ley nº 749 de 13 de noviembre de 1974 ("adopta medidas para el funcionamiento de los bancos comerciales") que establece que la Superintendencia de Bancos (e Instituciones Financieras, hoy) estará facultada para proporcionar a otros organismos del Estado, informaciones relativas al movimiento y a los saldos de las cuentas corrientes de personas naturales o jurídicas para los efectos de la aplicación del Decreto Ley nº 77 (de 13 de octubre de 1973, y que "declara ilícitos y disueltos los partidos políticos que señala").

(Entendemos establecida esta facultad para los efectos de determinar los bienes de dichas entidades que, según el artículo 1º, inciso 2º, "in fine" del Decreto Ley 77 citado,

pasaron a dominio del Estado, y la Junta de Gobierno les destinaría los fines que estime convenientes).

En todo caso estos organismos informados siguen sujetos a prohibición, ya que en el inciso 2º del artículo 7º del Decreto Ley 749, establece que "los funcionarios que reciban la información a que se refiere el inciso anterior quedarán a su vez sujetos a la reserva establecida en la ley sobre Cuentas Corrientes y Cheques. En caso de infracción se les aplicará el castigo señalado en los artículos 246 y 247 del Código Penal".

El inciso final de este artículo 7º agrega una norma curiosa e, inevitablemente, nos lleva a consideraciones delicadas; dice así: "esta disposición rige desde la fecha de vigencia del Decreto Ley nº 77". Esta disposición es posterior en poco más de un año al Decreto Ley 77, y tiene un claro efecto retroactivo. ¿no significará que está "legalizando" actuaciones de la Superintendencia anteriores a ella? Si ello realmente ocurrió sería una clara transgresión al secreto bancario, revelaciones no autorizadas por ley anterior alguna. Sin embargo, por otro lado, nos merece a la vez un comentario halagador: la misma existencia de esta disposición, que al parecer purga revelaciones ilegales, es una manifestación implícita del reconocimiento que presta el legislador chileno al secreto bancario como obligación jurídica.

iii) un tercer caso se encuentra en la ley Orgánica de la Contra

loría General de la República, en su artículo 16 inciso 3º, que se verá más adelante.

2.- SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS.-

Se rige por el Decreto Ley 3.538 de 23 de diciembre de 1980, que la crea, y por el Decreto con Fuerza de Ley n° 251 de 22 de mayo de 1931, en las disposiciones no derogadas por aquél.

Según el artículo 3º inciso final del Decreto Ley 3.538 citado, no quedan sujetos a su fiscalización los bancos y las sociedades financieras. Por lo que hoy, frente a ella, a pesar de la obligación legal de los bancos de constituirse como sociedades anónimas (artículo 27 de Decreto con Fuerza de Ley n° 252 de 4 de abril de 1960, Ley General de Bancos, modificado por el artículo 139 de la Ley n° 18.046, sobre sociedades anónimas), las que en general están sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, frente a ella rige en su plenitud el secreto bancario, no existiendo excepción.

3.- FISCALIA DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.-

El Decreto Ley n° 211 de 17 de noviembre de 1973 (que fija normas para el defensa de la libre competencia) crea una Fiscalía, entre cuyas atribuciones están las siguientes, señaladas en su artículo 24: "serán atribuciones y deberes del Fis

cal;

g) solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos o servicios públicos o de las empresas, entidades o sociedades en que el estado o sus empresas, entidades o sociedades tengan aporte, representación o participación, o de las Municipalidades;

h) exigir de cualquier oficina o servicios referidos en la letra g) que pongan a su disposición los antecedentes que estime necesario para las investigaciones, denuncias o querrelas que se encuentre practicando o en que le corresponde intervenir.

El Fiscal podrá también exigir, por intermedio de los funcionarios que corresponda, el examen de toda documentación y elementos contables y otros que estime necesarios;

i) solicitar de los particulares las informaciones y los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique".

El Fiscal, respecto de los datos obtenidos en el ejercicio de las facultades de las letras g) y h), sólo podrá darlos a conocer a la Comisión Resolutiva, a las Comisiones Preventivas (organismos estos creados por este cuerpo legal) y a los Tribunales de Justicia (artículo 24, letra h) inciso 3º).

Por su parte, el inciso 4º de la letra h) de este artículo 24 autoriza apremiar con arresto (a través del Tribunal competente) a las "personas que entorpezcan las investiga-

ciones a que se refiere la presente disposición". Entendemos por "presente disposición" la letra h) precitada, no incluyendo se en este caso la letra i), que es posterior a dicha norma, que trata de los informes solicitados a particulares.

De todo ello concluimos:

1º Sólo están obligados a declarar los organismos que tengan un carácter público. En nuestro caso podría ser la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la que no podría infringir, aún la citación, el secreto bancario, en virtud del artículo 7º de su Ley Orgánica; y

2º no estarían obligados a informar o a proporcionar antecedentes los bancos y demás instituciones financieras, ya que por ser "particulares" están regidos por la disposición de la letra i) de este artículo 24, no pudiendo ser apremiados, y estando amparados por el secreto bancario, de raigambre constitucional.

De manera que difícilmente podrá ceder el secreto de los bancos ante este organismo. Con ello nos ponemos en desacuerdo con la opinión a este respecto sustentada por Juan Pinto Lavín en cuanto a que estas facultades afectarían al secreto bancario y constituirían una excepción al mismo (147).

4.- CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.-

147.- Obra citada, pág. 34.-

Según el artículo 16 de la Ley n.º 10.336 de 1964, Orgánica de la Contraloría General de la República, "los servicios, instituciones fiscales, organismos autónomos, Empresas del Estado y, en general, todos los Servicios Públicos creados por ley, quedarán sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República", agregando en su inciso final que (en lo pertinente) "la Superintendencia de Bancos(e Instituciones Financieras, hoy) quedará sujeta al control de la Contraloría General de la República y deberá observar las instrucciones, proporcionar los informes y antecedentes que este organismo le requiera para hacer efectiva la fiscalización".

El artículo 9 inciso 4º de la misma ley establece que "las normas que establezcan el secreto o reserva sobre determinados asuntos no obstará a que se proporcione a la Contraloría General la información o antecedentes que ella requiera para el ejercicio de su fiscalización, sin perjuicio de que sobre su personal pese igual obligación de guardar tal reserva".

Concluimos que esta excepción sólo afecta directamente a los organismos públicos, y el secreto de los bancos privados sólo podría ser revelado por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (siendo ésta una "contraexcepción" a la reserva que la Superintendencia debe mantener de los secretos de los bancos conocidos por ella, según veíamos anteriormente).

5.- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS.-

Previo a entrar al análisis de las facultades de esta autoridad impositiva en Chile, y que podían significar una excepción al secreto bancario, veremos lo que al respecto disponen algunas legislaciones extranjeras y lo que han dicho sus comentadores.

1.- Italia.- En términos generales, la doctrina italiana, al decir de Juan Carlos Malagarriga (148) sostiene que los bancos no tienen ningún deber de comunicación ante el fisco, citando al efecto a los autores Battaglia, Giannestasio, Santini, Liguori, Colagrosso y Molle. Estos dos últimos, en un estudio conjunto, encontrarían apoyo a tal afirmación en la ley italiana de 5 de enero de 1956 que en su artículo 14 consagraría expresamente la inviolabilidad del secreto bancario frente al fisco (149).

2.- Francia.- A pesar de ser reconocido plenamente el secreto bancario en este país, actualmente se le han concedido al fisco, en materia impositiva, facultades ante las cuales aquel cede.

No obstante ello no pierden su validez las palabras luminosas de una sentencia de la "Cour de Casation" francesa, de 27 de junio de 1931 (150), que dijo que "el secreto bancario existe no sólo en las relaciones de derecho privado

148.- Obra citada, pág. 115.-

149.- Idem., pág. 116.-

150.- Citada por Jiménez de Parga, obra citada, pág. 209.-

entre particulares, sino que conserva toda su fuerza jurídica en las relaciones entre particulares y los administradores del Estado".

El fisco en Francia, al decir de Hamel (151), puede examinar los movimientos de las cuentas bancarias de los contribuyentes, derecho que no sólo comprende las cuentas comerciales, sino las personales y aún las postales. Sin embargo, la misma administración ha autolimitado la amplitud de sus facultades precisando que "su ejercicio no debe tener un carácter sistemático y que sólo debe recurrirse a ellas cuando se hubiera hecho necesario por la insuficiencia manifiesta de las declaraciones suscriptas por el contribuyente".

Además, ya citamos un fallo de la Corte de Casación de 25 de enero de 1977 (al final de la primera parte de este trabajo), que dijo que a pesar que la ley le da a la administración de Aduanas la facultad de imponer a los demás la comunicación a sus agentes de "los papeles y documentos de cualquier naturaleza", (...) "la administración de Aduanas no puede ejecutar en los Bancos investigaciones generales a priori (las que como dijimos ha pretendido hacer aquí en Chile el Servicio de Impuestos Internos sin siquiera tener la facultad concedida en Francia al Servicio de Aduanas), sino sólo investigaciones especiales, en correlación con un caso determinado con respecto a personas y operaciones concernidas, y siempre que revele (la A

duana) ese marco específico al banquero".

3.- Suiza.- En Suiza los bancos no están obligados a proporcionar ninguna información a las autoridades impositivas. A este respecto, el Presidente de la Confederación Helvética habría dicho en 1967 (152) que "la circunstancia de que no se imponga a los bancos la obligación de informar respecto de sus clientes no resulta como consecuencia del secreto bancario sino de la legislación fiscal suiza que, con raras excepciones, no concede a las autoridades fiscales el poder de escuchar a testigos, imponiendo únicamente al contribuyente el deber de comunicar los datos necesarios. Para nuestro pueblo -afirmó- los intereses puramente fiscales van precedidos de la libertad de la persona, incluso si a veces se abusa de esta libertad".

4.- El Líbano.- El Líbano, que hemos citado como uno de los países en que se establece el secreto bancario en términos más absolutos, éste no cede ante la autoridad impositiva. En el artículo 2º de su citada ley sobre el tema, dice que "el secreto absoluto en favor de los clientes del banco" impide revelar "a quien quiera que sea, persona privada o autoridad pública, administrativa, militar o judicial", ningún antecedente que los banqueros tengan conocimiento de sus clientes.

Denás está decir lo inquebrantable que resulta el secreto bancario frente a la autoridad impositiva en este

152.- citado por Malagarriga, obra citada, pág. 120.-

país.

5.- España.— En el estudio de don Joaquín Garrigues sobre el tema (153), encontramos una posición intermedia, a la luz de las disposiciones legales vigentes en España a la época en que lo escribió (Ley de Reforma Tributaria de 1940).

Ante la nueva legislación española, Rafael Jiménez de Parga Cabrera (154), haciendo un minucioso análisis de la Ley General Tributaria de 1967, derogatoria de la anterior, y de las disposiciones legales conexas, llega a la rotunda conclusión de que en España el secreto bancario no puede quebrantarse jamás a requerimiento de una autoridad perteneciente a la administración tributaria o fiscal.

6.- Argentina.— En este país la ley n^o 18.061, y que hemos citado anteriormente en varias ocasiones, junto con establecer expresamente el secreto bancario, dispone en su artículo 33, letra c) que éste cederá "ante la Dirección General Impositiva", siempre que se cumplan las siguientes condiciones: que se refiera a un contribuyente determinado; que se encuentre en curso una verificación impositiva con respecto a ese contribuyente; y, que haya sido emplazado previamente.

Juan Carlos Malagarriga, criticando esta disposición dice que "no constituye freno ninguno para el eventual ejercicio arbitrario de sus funcionarios y que, consiguiente-

153.- Obra citada, pág. 276.-

154.- Obra citada, pág. 406 a 409.-

mente, la ley debió establecer que sólo sería levantable el secreto previa promoción de acción judicial, y a requerimiento del juez competente" (155).

.

Nuestro Derecho

En Chile la autoridad impositiva es el Servicio de Impuestos Internos.

a) analizaremos en primer término las funciones y facultades que para cumplirlas le otorga la ley a este servicio:

1.- El artículo 6^º inciso 1^º del Código Tributario establece que "corresponde al Servicio de Impuestos Internos el ejercicio de las atribuciones que le confiere el Estatuto Orgánico, el presente Código y las leyes y, en especial, la aplicación y fiscalización administrativa de las disposiciones tributarias".

2.- Además, el inciso 8^º del artículo 60 del mismo Código establece que "para la aplicación, fiscalización o investigación del cumplimiento de leyes tributarias, el Servicio podrá pedir declaración jurada por escrito o citar a toda persona domiciliada dentro de la jurisdicción de la oficina que la cite, para que concurre a declarar, bajo juramento, sobre hechos, datos o antecedentes de cualquiera naturaleza relacionados con terceras personas".

155.- Obra citada, pág. 128.-

3.- El artículo 62 inciso 2º del mismo código dice que "el Director podrá disponer dicho examen (de las cuentas corrientes bancarias, que el inciso anterior faculta a los Tribunales de Justicia), por resolución fundada, cuando el Servicio se encuentre investigando infracciones a las leyes tributarias sancionadas con pena corporal".

4.- Por otro lado, el artículo 84 del mismo código establece que "una copia de los balances y estados de situación que se presentan a los bancos y demás instituciones de crédito será enviada por estas instituciones a la Dirección Regional, en los casos particulares que el Director Regional lo solicite"; y el artículo 85, que: "el Banco del Estado, las Cajas de Previsión y las instituciones bancarias, y de crédito en general, remitirán al Servicio, en la forma que el Director Regional determine, las copias de las tasaciones de bienes raíces que hubieren practicado".

5.- Los artículos 87 inciso 1º y 195 del mismo código establecen, respectivamente, que "los funcionarios fiscales, semifiscales, de instituciones fiscales y semifiscales de administración autónoma y municipales, y las autoridades en general, estarán obligados a proporcionar al Servicio todos los datos y antecedentes que éste solicite para la fiscalización de los impuestos" y "los funcionarios que puedan contribuir, en razón de sus cargos, al esclarecimiento y control de la cobranza o de

los derechos que el Fisco haya valer en juicio, proporcionarán oportunamente la documentación que se le solicite".

6.- Finalmente le otorgan facultades a este respecto, los artículos 38 y 45 de la ley 16.271 de 10 de julio de 1965, sobre impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, que establecen:

"Artículo 38.- Toda persona natural o jurídica que se ocupe habitualmente de dar en arriendo cajas de seguridad, cumplirá con las siguientes obligaciones:

a) Presentar en los meses de enero y junio al Servicio, una declaración respecto a las cajas de seguridad arrendadas en sus oficinas o sucursales, indicando en ella el número de la caja y por orden alfabético, el nombre y apellido del arrendatario y su domicilio;

b) Llevar un repertorio alfabético en el que se anoten los mismos datos;

c) Llevar un registro foliado y alfabético en el que se anoten con la fecha y hora, los nombres, apellidos y domicilio de las personas que se presentan a abrir una caja de seguridad, exigiendo de ellas dejen su firma en el registro; y

d) Presentar al personal inspectivo autorizado por el Servicio, dichos registros y repertorio cuando así lo exija aquél".

"Artículo 45.- Los bancos, Cajas de Ahorro y en general, toda

institución de crédito bancario, deberán suministrar al Servicio y a los herederos los datos que se les soliciten respecto a saldo de depósitos, estados de cuentas corrientes, garantías, custodias, etc., que tuvieran los clientes, comitentes o arrendatarios que fallecieron".

b) Sus limitaciones:

1.- La primera limitación, genérica, la encontramos en la Constitución Política del Estado. No es necesario hacer comentarios de la importancia de esta limitación por la jerarquía de la norma de que emana. El artículo 6º de la Constitución establece que "los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo". Agrega en su segundo inciso que "la infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley".

Además, su artículo 7º establece que "los órganos del Estado actúan válidamente (...) dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución

o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

(En este instante, y por lo que más adelante se dirá, debemos recordar que la Constitución, por lo dispuesto en su artículo 19, n.ºs 4 y 5, "asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada", y "la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada", agregando que "las comunicaciones y documentos privados (sólo pueden) interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y en las formas determinadas por la ley").

2.- La segunda limitación de este Servicio, también genérica, la encontramos en el propio Código Tributario que, en su artículo 63 inciso 1º, establece que "el Servicio hará uso de todos los medios legales para comprobar la exactitud de las declaraciones presentadas por los contribuyentes y para obtener las informaciones y antecedentes relativos a los impuestos que se adeuden o pudieren adeudarse".

3.- En tercer lugar, citaremos lo dispuesto en el artículo 61 del mismo código: "salvo disposición 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".

c) Entonces, se hace necesario conjugar estas disposiciones, que por un lado conceden facultades al Servicio de Impuestos Internos para el cumplimiento de su labor (en la que no dejamos de reconocer el interés fiscal de que están informadas); y que por otro lado limitan su actuar reconociendo derechos que le serían oponibles, como ser, específicamente, el secreto bancario.

De este modo, lo que nosotros hemos definido como secreto bancario (buscando sus fundamentos, de indudable raigambre constitucional, y su extensión) sólo podría verse afectado por las facultades del Servicio de Impuestos Internos, en los siguientes casos:

1º En los casos de los artículos 38 y 45 de la Ley n.º 16.271 sobre Impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, en que los bancos deberán proporcionar al Servicio las informaciones sobre cajas de seguridad y datos sobre personas fallecidas (ver n.º 6 de letra a) precedente);

2º En los casos de los artículos 84 y 85 del Código Tributario, transcriptos en el n.º 4 de la letra a) precedente; y

3º El caso del artículo 63 inciso 2º del Código Tributario, en virtud del cual el Director del Servicio puede disponer el examen de cuentas corrientes bancarias, cumpliendo los requisitos que esta disposición señala, la que será materia de un detallado análisis un poco más adelante.

Sólo en los casos el Servicio de Impuestos Interⁿos podría pedir la información que se señala a un banco (156), quienes, en cualquier otro caso, al decir de Labanca (157), "no tienen el deber de informar, sino el de callar".

d) No obstante lo claro de este marco constitucional y legal, el Servicio de Impuestos Interⁿos ha dicho que "puede imponerse o investigar en un banco cualquiera operación bancaria, ya que no hay un texto expreso que, con carácter general, declare que éste se encuentra obligado a mantener reserva respecto de terce^ros de las operaciones que efectúan con sus clientes, haciendo salvedad a este principio únicamente la reserva del movimiento de la cuenta corriente y sus saldos" (158).

No podríamos en caso alguno estar de acuerdo con el criterio del Servicio de Impuestos Interⁿos; ya que de ser como él afirma, nuestra labor hasta aquí desplegada habría care^cido de sentido y, lo que sí es grave, nuestros preceptos constitucionales serían "letra muerta", no estando amparada en lo más mínimo la intimidad de los asuntos económicos de las personas, garantía de su libertad.

.

Para terminar, analizaremos ahora las revisiones de cuentas corrientes bancarias y la petición de informes por el Servicio:

156.- Así opina también: Juan Pinto Lavín, obra citada, pág. 31.-

157.- Obra citada, pág. 3.-

158.- Citada circular del S.I.I., n^o 84 de 22 de junio de 1977.-

1.- Revisiones de cuentas corrientes bancarias por el S.I.I.-

Ya hemos dicho que el inciso 2^o del artículo 62 del Código Tributario faculta al servicio a esta revisión, cumpliéndose los presupuestos que dicha disposición señala.

a) Algo de historia.- Las primeras leyes dictadas en Chile sobre Impuesto a la Renta, le otorgaban al Director de Impuestos Internos la facultad para revisar la cuenta corriente de una persona.

Pero como normalmente ocurre con los servicios fiscalizadores, el Servicio de Impuestos Internos exageró su facultad. Según Gonzalo Urrejola Arrau (159) "la Dirección de Impuestos Internos había hecho de la revisión del movimiento de las cuentas corrientes bancarias, un trámite de cajón. En efecto, una vez presentadas las declaraciones, los Inspectores, previa autorización u orden del Director, se trasladaban a las oficinas del Banco en que el contribuyente tuviera cuenta corriente y examinaban minuciosamente el movimiento de ella, partida por partida. La reacción lógica que provocaba este control tal estricto de la Dirección de Impuestos Internos era evidentemente la de evitar por todos los medios posibles la verificación de la exactitud de las declaraciones. Esta reacción se tradujo en que la mayor parte de los contribuyentes, con una falta absoluta de conciencia tributaria, retirara sus fondos de los bancos y cerrara sus cuentas corrientes, produciendo

do así la disminución del encaje bancario con graves y perjudiciales consecuencias".

Frente a esto fue necesario legislar sobre la reserva de la cuenta corriente bancaria. A su respecto, creemos muy ilustrativo, sobretudo porque nos descubre el objetivo primordial de su establecimiento, lo que dijo la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados sobre la materia: "de estas disposiciones resulta que nadie que no sea el interesado, ni aún la propia Dirección de Impuestos Internos, podrá imponerse del movimiento de la cuenta corriente, de tal manera que la Dirección de Impuestos Internos, para llevar un control de las utilidades del comercio, de la industria y de los particulares, en relación con los tributos a que están afectos, sólo podrá hacerlo por otros medios ajenos al examen de la cuenta corriente bancaria. Se ha estimado que con esta disposición se disipa 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 espera un incremento de los depósitos y un mayor uso del cheque". Así nacieron los incisos 2º y 3º del artículo 1º de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques del año 1943.

Sin embargo, la ley 11.575 de 14 de agosto de 1954, modificatoria de la Ley sobre Impuesto a la Renta vigente

a la época, estableció que "la Justicia Ordinaria y el Director General de Impuestos Internos podrán ordenar el examen de las cuentas corrientes bancarias para el caso de juicio y declaraciones que digan relación con el cumplimiento de obligaciones tributarias".

Posteriormente, la ley 13.305 de 6 de abril de 1959 (con un criterio que alabamos y que ojalá volviese a iluminar a nuestro legislador en alguna futura oportunidad), reemplazó dicho precepto, reservando sólo a la justicia ordinaria la facultad de tener acceso a la cuenta corriente bancaria de los contribuyentes procesados por delitos tributarios; privando por lo tanto de dicha facultad al Servicio de Impuestos Internos.

Esta norma, sin modificación alguna, pasó al primitivo Código Tributario, constituyendo el inciso 1º de su artículo 62.

Finalmente, la ley 17.073 de 31 de diciembre de 1968, agregando al artículo 62 citado un inciso 2º, fijó su texto definitivo hoy vigente. Al decir de una fuente muy cercana al Servicio de Impuestos Internos, con esto: "se dió satisfacción a las reiteradas peticiones del Departamento de Investigación de Delitos Tributarios en el sentido que era indispensable dotar al Director del Servicio de la facultad de disponerse de la cuenta corriente bancaria de los contribuyentes investi-

gados por dicho Departamento" (160).

b) Exigencia de la disposición.— El artículo 62 inciso 2º reza:

"Asimismo, el Director podrá disponer dicho examen, por resolución fundada, cuando el Servicio se encuentre investigando infracciones a las leyes tributarias sancionadas con pena corporal".

(El inciso anterior dispone: "La Justicia Ordinaria podrá ordenar el examen de las cuentas corrientes en el caso de procesos por delitos que digan relación con el cumplimiento de obligaciones tributarias").

De su análisis, fluye que son condiciones para la procedencia del examen de la cuenta corriente, las siguientes:

1º Sólo "el Director" puede disponer este examen; no pudiendo por lo tanto delegar bajo ningún respecto esta facultad.

El Director del Servicio de Impuestos Internos, mediante Resolución n° 147 (Diario Oficial de 16 de agosto de 1976) delegó "en los Directores Regionales y en el Jefe de Departamento de Investigación de Delitos Tributarios la facultad de disponer, por resolución fundada, el examen de las cuentas corrientes bancarias cuando el Servicio se encuentre investigando infracciones a las leyes tributarias sancionadas con pena

160.- Asociación de Fiscalizadores y ex inspectores de I.I., op. cit., pág. 8.266.-

corporal".

Sin embargo, para la Corte Suprema (y para nosotros) esto no es posible. En el caso "Chiofalo", que analizaremos más adelante, declaró que esta delegación era ilegal, ya que por el análisis del texto y de su historia fidedigna se concluye que es una facultad concedida "sólo" al Director.

2º Por resolución fundada. - Esto significa que al ordenar este examen debe expresarse fundamentos en tal sentido: esta resolución debe ser razonada, motivada; y expresar dichas razones o motivos.

La Corte Suprema, en el mismo caso citado, dijo que resolver el examen de una cuenta corriente "en virtud de que el Departamento normativo del Servicio se encuentra investigando tributarimente a dicha contribuyente y que las investigaciones preliminares arrojan antecedentes para presumir fundadamente que ha incurrido en infracciones tributarias sancionadas con pena corporal", carece de fundamentos; por lo que no es una "resolución fundada".

Como criterio complementario, vale tener en cuenta lo dicho por la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 16 de octubre de 1978 (considerando 5º): "las operaciones realizadas en una cuenta corriente bancaria sólo reflejan y pueden acreditar meros movimientos de valores, pero no pueden llevar sin prueba complementaria suficiente a la estimación

de que los depósitos y giros que en ella se realicen son real y efectivamente ingresos o egresos patrimoniales de su dueño, ni, consecuentemente, que los fondos en ella existentes en una época determinada sean constitutivos de renta para el titular de la misma" (161).

3^o El servicio debe encontrarse investigando infracciones a las leyes tributarias, sancionadas con pena corporal.

No basta que el Servicio así lo diga, sino que además es necesaria "la indicación de cual infracción tributaria se investiga y qué disposición le sería aplicable de las que la ley sanciona con pena corporal", según la Corte Suprema en el mismo fallo recaído en el caso "Chiofalo", que venimos citando.

2.- Petición de informes.-

Bajo este título globalizamos los antecedentes que solicita el Servicio de Impuestos Internos, en uso de sus pretendidas facultades, a los bancos e Instituciones Financieras.

En el capítulo siguiente, que analiza la Jurisprudencia Nacional, se verá a este respecto los casos "Banco O'Higgins" y "Banco de Santiago".

Haremos mención aquí a una ilustrativa polémica mantenida por el Servicio de Impuestos Internos y el Banco del

161.- En: Nueva Gaceta Laboral, Tributaria, Jurídica, Santiago, noviembre-diciembre de 1978, Vol. I, n^o 5, pág. 114.-

Estado de Chile durante el año 1977 y 1978, de la que da cuenta en su libro sobre el tema Juan Pinto Lavín (162), en la que, al parecer, tuvo participación. Además hemos tenido acceso a los Dictámenes y Cartas Circulares del Banco del Estado que se refieren a la misma.

Todo comenzó a raíz de que la Dirección Regional del Servicio de Impuestos Internos de La Serena, fundada, según ella, en el artículo 60 del Código Tributario, solicitó al Agente del Banco del Estado de la oficina de la misma ciudad, con fecha 4 de abril de 1977, que le proporcionara "una nómina de todos los clientes que hayan efectuado depósitos superiores a \$ 50.000.- y los que hayan recibido intereses superiores a \$ 20.000.-, provenientes de depósitos e inversiones restrictivas y cualquier antecedente relacionado con cuotas de moneda extranjera para viajes".

Por otro lado, la Dirección del Servicio de Impuestos Internos de la XII Región, Magallanes, solicitó al Banco, con fecha 26 de julio de 1977, que le proporcionara "una nómina con el detalle de los depósitos a plazo e instrumentos financieros recibidos desde 1975 hasta el primer semestre de 1977, con indicación del nombre de los beneficiarios, monto, interés percibido y fecha de cada documento.

El Banco del Estado se negó a proporcionar la información solicitada.

162.- Obra citada, pág. 27 y 28.-

Se fundó, en un principio, según da cuenta el Dictamen de Fiscalía n^o 30.439 de 28 de septiembre de 1977, que dice que el Banco "en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 29 de la ley 17.374 (establece el "secreto estadístico", que sería obligatorio para el banco, y que la Fiscalía, en este mismo dictamen, hacía equivaler al "secreto profesional"), debe abstenerse de proporcionar al Servicio de Impuestos Internos los antecedentes que solicita, por estar amparado por la excepción relativa al secreto profesional, contemplada en el artículo 60 del Código Tributario". Este dictamen no menciona para nada la expresión "secreto bancario".

Emitió la Fiscalía del Banco un segundo dictamen relativo al tema y a la polémica, ante una solicitud del Director del Servicio de Impuestos Internos, en cuanto a que el Banco modificara el criterio sustentado en el dictamen anterior. Este nuevo dictamen, (en cuya redacción casi no nos cabe dudas que tuvo intervención Juan Pinto Lavín), el banco menciona por primera vez el concepto de "secreto bancario". Funda esta vez su negativa en el hecho de ser "una costumbre mercantil inveterada el dar a las operaciones bancarias y comerciales, en general, un carácter reservado o confidencial, que, de conformidad con los artículos 4^o y 6^o del Código de Comercio, tiene fuerza legal", lo que lo lleva a concluir que "al banco lo ampara el secreto bancario, profesional y/o estadístico". (163).

163.- Dictamen n^o 30.498 de 22 de febrero de 1978 (al final leemos: "JPL", entre otras siglas).-

O, al decir de Juan Pinto Lavín (164), el Banco se negó basado en que "la interpretación de las normas de fiscalización tributaria hecha por el Servicio de Impuestos Internos era exagerada, y conducía al quebrantamiento del secreto bancario; que se le impondría una carga de trabajo y un costo adicional a su funcionamiento de gran cuantía; que la solicitud era excesiva y podría provocar grave daño al sistema financiero nacional, motivado por una fuga masiva de depósitos; y que en el caso del Banco del Estado era aún más grave por la creencia errónea de que siendo una institución del Estado proporcionaría con facilidad las informaciones comprendidas en el secreto bancario".

Puso término a esta controversia el Ministerio de Hacienda que, por oficio al Banco, de fecha 26 de junio de 1978 (165), le expresa 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 inversiones efectuadas por particulares en las empresas bancarias, sino que la información de esta naturaleza que pudiere solicitar en lo sucesivo, se referirá específicamente al caso concreto del contribuyente que se hallare sometido a una fiscalización tributaria o respecto de quien se haga necesario reunir antecedentes de esta índole, en cumplimiento -como debe entenderse- de la función contralora que a ese servicio le compete".

164.- Obra citada, pág. 27.-

165.- Del que da cuenta la carta Circular n^o 3.194 de fecha 1^a de julio de 1978, de la Gerencia General del Banco, dirigida a todas sus Agencias del país.-

D.- INFORMES BANCARIOS.-

A pesar de ser el secreto bancario una obligación erga omnes, teniendo por fundamento una garantía constitucional que protege un bien jurídico: la conservación del secreto, como integrante de la intimidad de las personas en su aspecto económico, se ha consagrado -fundamentalmente- por la costumbre, una nueva excepción a él: los informes bancarios.

Algunas doctrinas y legislaciones extranjeras.

1.- El Líbano.- En la legislación sobre el tema, tantas veces citada, se autoriza expresamente estos informes. El mismo cuerpo legal que legisla sobre el secreto bancario en forma tan absoluta, establece, en su artículo 6º que "la presente ley no se opone, sólo entre bancos, a intercambios, bajo secreto, de informaciones relativas a las cuentas deudoras de sus clientes con el fin de proteger la seguridad de sus inversiones".

2.- En España, para el profesor Joaquín Garrigues (166), "el problema de los límites del secreto bancario se muestra lleno de dificultades cuando entra en colisión con otro deber de los bancos y que consiste en emitir los informes que soliciten otros bancos o terceras personas respecto de un determinado cliente".

Según él estos informes no se refieren a opera-

166.- Obra citada, pág. 277.-

riones concretas de un cliente, sobre las cuales pesa sin restricción el deber de secreto, sino que se refieren a las condiciones de solvencia moral y económica de un cliente.

Al decir de otro español, Jiménez de Parga (167), entran aquí en colisión dos obligaciones del banco: por un lado, guardar secreto; y por otro, informar a sus clientes de aquello que pueda interesarlo. En otras palabras, como lo nota Koch (168), "el banco tiene que navegar entre la scila del daño al cliente al ser violada la relación de confianza y la caribdis del suministro de informes inexactos".

Garrigues afirma que el banco hallará entonces la salida más fácil proporcionando informes incoloros o imprecisos. Y para ayudar a la solución del conflicto ofrece reglas concretas: si el cliente ha autorizado al banco para proporcionar los informes, el banco queda dispensado de la obligación de guardar el secreto; si el cliente no ha concedido tal facultad al banco, y la petición proviene de otro banco, al parecer prima el deber de colaboración entre bancos que suavizaría el rigor de la obligación al secreto; y, finalmente, si es un particular quien solicita los informes, sólo si los informes son realmente favorables, el banco deberá proporcionarlos, ya que de esa manera protege los intereses del cliente, y si los informes son desfavorables, el banco deberá guardar silencio, aun cuando su silencio pueda perjudicar al cliente (169).

167.- Obra citada, pág. 391.-

168.- Autor citado por Garrigues y Jiménez de Parga, ídem. pág.

169.- Obra citada, pág. 278.-

Jiménez de Parga no comparte la opinión de Garrigues, ya que -refiriéndose al caso de que sean solicitados informes por otro banco- el "deber de colaboración" no puede considerarse más enérgico que la obligación de guardar secreto" (170).

3.- Gran Bretaña. - En el ya varias veces citado caso "Tournier v. National Provincial Bank Ltd.", el "Lord Justice" Atkin dijo lo siguiente: no deseo expresar una opinión final en la práctica de los banqueros, de darse información unos a otros respecto de los negocios de sus respectivos clientes, excepto decir que me parece que si puede ser justificado, debe serlo sobre la base de un consentimiento implícito del cliente".

4.- Bélgica. - El jurista belga Henrion (171) dice que para mantener el funcionamiento armonioso del sistema bancario en su totalidad, deben admitirse leves restricciones a los principios de preservación del secreto, señalando que estas limitaciones se justifican porque: 1º se trata de divulgaciones hechas, a título confidencial, a profesionales que también están obligados por el secreto; 2º se encuentra en juego el interés general que persigue una distribución juiciosa y equilibrada del crédito, lo que es no sólo del interés de los profesionales, de los depositantes y del crédito, sino del funcionamiento general de la economía; 3º sólo puede causar perjuicios a

170.- Obra citada, pág. 391.-

171.- Citado por J.C. Malagarriga, op. cit., pág. 135 y 136.-

los clientes "en falta", ya sea por no haber revelado con sinceridad al banquero la totalidad de los créditos obtenidos del sector bancario, ya por haber realizado actos que engendran una legítima desconfianza (libramiento de cheques sin provisión de fondos, falta de pago de letras vencidas, etc.); y 4^o no se trata de cosas confiadas o conocidas sino de elementos que ocupan manifiestamente un grado inferior entre aquellos que normalmente cubren la discreción.

5.- Argentina.- El artículo 33 letra d) de la citada ley n^o 18.061, entre las excepciones al deber de secreto, incluye el caso de "las entidades entre sí, conforme a la reglamentación que se dicte". Según Malagarriga (172) al estar todas estas instituciones obligadas al secreto, se crea así un "circuito cerrado", dentro del cual circulan libremente las informaciones entre bancos, pero fuera del cual no pueden salir sin hacer incurrir al causante en la responsabilidad estricta de la violación del secreto.

6.- Francia.- Pierre Gulphe se ocupa latamente de "Les renseignements bancaires" (las informaciones bancarias) en su estudio sobre el tema (173). Dice que en Francia para evitar que un banco otorgara imprudentemente grandes créditos que parecían sin embargo corresponder a la capacidad financiera del demandante, por no haber tenido conocimiento de aperturas otorg

172.- Obra citada, pág. 136.-

173.- Obra citada, pág. 19 a 24.-

gadas por establecimientos rivales, se creó en un principio las "centrales locales de riesgos" (centrales locales de riesgos), que proporcionaban diferentes informaciones comerciales a los bancos. Luego se creó un Servicio de Informaciones Bancarias, organismo al cual los bancos estaban obligados a comunicar dentro de un plazo determinado los créditos concedidos por ellos cuyo monto superara cierta considerable cantidad, conforme a lo cual este servicio estaba capacitado para proporcionar en cualquier momento a un banco la importancia exacta de los compromisos eventuales o reales de un cliente. Señala, por último, que los bancos franceses se muestran siempre muy reticentes para proporcionar a terceros, personas físicas o morales, informaciones sobre sus clientes, a menos que los bancos hayan sido invitados por estos últimos a proporcionarla.

En nuestro país.-

A esta práctica no ha sido ajeno nuestro país, ya que normalmente los bancos emiten informes sobre sus clientes. Trataremos de justificar esta práctica.

Recordemos que el secreto bancario es una obligación jurídica que pesa sobre el banquero, a la que haría excepción la emisión de informes sobre los clientes.

Por el carácter general de estas informaciones y por estar de por medio en este caso la defensa del sistema fi

nanciero -pilar de la economía moderna, como hemos dicho-, no creemos que se resienta la institución del secreto bancario con la práctica en comento.

Por otro lado, compartimos la conclusión de Juan Pinto Lavín (174) en el sentido que esta práctica se ajustaría a Derecho, ya que habría constituido una costumbre amparada por la ley, al tenor del artículo 4^o del Código de Comercio. Creemos, que sin necesidad de un detallado análisis, los hechos que la constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados y reiterados por un largo espacio de tiempo; por lo que supliría el silencio de la ley. De este modo, tenemos una norma emanada de la costumbre (los informes como excepción al secreto bancario), que modificaría otra costumbre (el secreto bancario). Pensamos que ello, al menos en teoría, es correcto.

Respecto a estos informes la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (175) ha dicho que "existen razones superiores que aconsejan mantener cierta información entre instituciones financieras acerca del endeudamiento que con ellas tiene una determinada persona, así como también informes que el comercio o la industria pueda requerir como necesarios para contratar con un cliente. Hay disposiciones reglamentarias que imponen la información sobre los protestos de letras, cheques, pagarés, etc., todo lo cual es también de interés para la generalidad de las empresas. También la necesidad de informa-

174.- Obra citada, pág. 37.-

175.- Circular n^o 1.695 de 23 de julio de 1980.-

ción para el mercado financiero, hace aconsejable, por ejemplo, que el público pueda estar enterado de quienes son los principales deudores de las instituciones a quienes confían su dinero".

Respecto de informaciones, veremos:

a) Boletín de Informaciones Comerciales.-

En virtud de diversas disposiciones reglamentarias (Decretos Supremos del Ministerio de Hacienda), los bancos comerciales, el Banco del Estado de Chile, el Banco Central de Chile y las Instituciones Financieras deben enviar diaria, semanal y mensualmente a la Cámara de Comercio de Chile, nóminas de letras de cambio, pagarés y cheques protestados (estos últimos por falta de fondos o cuenta cerrada), con indicación del nombre completo del aceptante, suscriptor, avalistas o girador, en su caso, la cantidad del documento y la oficina que hizo el protesto. Debe enviar además una nómina de deudores morosos.

Estos datos la Cámara de Comercio de Chile los clasifica y publica en su "Boletín de Informaciones Comerciales".

Esta excepción, no establecida por ley (sino por Decretos Supremos, de rango inferior a aquélla), creemos que deriva su obligatoriedad de una costumbre, fundamentada en el correcto funcionamiento del sistema crediticio y en el interés de la colectividad.

b) Informaciones a particulares.-

Los bancos acostumbran a dar informes a particu-

lares o empresas sobre el cumplimiento de los clientes, previo cobro de una tarifa fijada por cada banco. Este cumplimiento se califica según las siguientes fórmulas, de aplicación uniforme entre los bancos (176).

- se califica como que CUMPLE BIEN al cliente que no ha tenido jamás documentos en "vencidos", "cobro judicial", "operaciones castigadas" y "cheques" o "letras" protestadas;

- se considerará que CUMPLE al cliente que por circunstancias especiales ha tenido cierto atraso en la cancelación de sus créditos u ocasionales protestos de cheques o letras, lo que ha solucionado satisfactoriamente;

- se estima que NO CUMPLE el que a la fecha de la comprobación del estado de situación tenga créditos directos "vencidos", en "cobro judicial", en "operaciones castigadas" o uno o más cheques o letras protestadas sin aclarar.

- si el cliente catalogado bajo el concepto anterior, con posterioridad a la verificación de su estado de situación aclara la letra o cheque protestado, cancela el documento vencido, en cobro judicial o castigado, se podrá informar que CUMPLIO CON DIFICULTAD;

- se considera que SE DESCONOCE LA MANERA DE CUMPLIR del cliente en aquellos casos en que éste nunca ha operado en créditos, ya sea en forma directa o indirectamente.

Finalmente diremos que siempre y cuando estos informes, como los señalados, se refieran a apreciaciones genera-

176.- Nos basamos en el documento Código nº 16: Comprobación de Balances e Informes del Banco del Estado de Chile, de 16 de agosto de 1982, pág. 51.-

les de los clientes, no vemos una seria colisión con el deber del banquero al secreto. En todo caso, un informe desfavorable no puede ser dado por el banco, ya que al constituir una expresión pronunciada en deshonra, descrédito o menoscabo de una persona, podría configurar el delito de injuria que establece y pena el artículo 416 del Código Penal. Para evitar verse envueltos en esto, los bancos acostumbran a dar los informes desfavorables verbalmente y en forma algo más confidencial (prohibiendo casi todos los bancos las informaciones telefónicas, además).

c) Informaciones entre bancos.-

También cobrando tarifas establecidas, se proporcionan entre entidades bancarias los mencionados informes sobre la manera de cumplir sus compromisos los clientes.

Pero además acostumbran a proporcionarse entre ellas (siempre que haya reciprocidad) algún otro tipo de datos: endeudamiento; capital; activo o pasivo de un cliente, debidamente comprobados por la entidad informante.

Creemos que tampoco hay colisión con el secreto bancario, ya que estando todas las entidades obligadas al secreto, éste sólo se traslada, creándose el "círculo cerrado" de que habla Malagarriga.

Finalmente, haremos nuestras, por considerarlas muy acertadas, las consideraciones que, según el jurista belga Henrion -citadas recién- justifican estas revelaciones entre

banqueros.

B.- LOS INTERESES DEL BANCO.-

Esta es la quinta y última excepción al secreto bancario.

Resulta evidente que en caso de entrar en conflicto con un cliente, el Banco, en defensa de sus propios intereses, tendrá que revelar informaciones acerca de dicho cliente.

Así lo reconoce expresamente la Ley Libanesa de tres de septiembre de 1956, tantas veces citada, que en su artículo 2º, in fine, establece que el secreto del cliente podrá revelarse "en caso de litigio con el cliente originado por relaciones bancarias",

En el caso inglés, que hemos venido citando, "Tournier v. National Provincial Bank Ltd.", se dijo que el levantamiento del secreto procede cuando "los intereses del Banco" así lo requieran.

El jurista belga Henrion (177), dice que el Banco, para poder hacer estas revelaciones debe estar en "riesgo de sufrir un perjuicio", debiendo cumplirse además estas condiciones: que se trate de intereses patrimoniales en juego; que se esté en presencia de un procedimiento contencioso; que en éste el Banco sea demandado; y, que la divulgación se limite a las estrictas necesidades de la reclamación.

177.- Citado por Malagarriga, obra citada, pág. 139.-

Justificamos, según lo dicho al principio, la revelación de secretos por el Banco en estos casos, siempre que se cumpla los requisitos apuntados por Henrion, agregando nosotros el caso en que el Banco demande a su cliente, ya que de otra manera no tendría forma de recuperar judicialmente los créditos impagos, procedimiento que es necesariamente público; sin ello, sería dejar al Banco en la más completa indefensión.

SECCION V: VIOLACION DEL SECRETO BANCARIO.-

Resulta necesario determinar las consecuencias de la violación del secreto que deben guardar los bancos y sus funcionarios.

Así, se determinará tanto respecto de las personas que directamente resulten responsables de la revelación, cuanto respecto de la misma institución bancaria de la cual aquéllas dependen.

Estas consecuencias podrán ser de orden administrativo, civil o penal.

a) Consecuencias administrativas.-

En caso de que sea un funcionario del Banco el que ha hecho una revelación de secretos, para lo que -según hemos visto- no está facultada jamás, será el propio banco el encargado de aplicarle las sanciones administrativas que contemplan sus estatutos o el respectivo contrato de trabajo.

Si es la entidad bancaria, como tal, la que ha hecho la revelación, fuera de los casos en que la ley las faculta para hacerlo, infringiendo de este modo el secreto bancario, será la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras la que podrá aplicarle sanciones administrativas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 del Decreto Ley n^o 1.097 de 25 de julio de 1975.

Esta sanción puede ser amonestación, censura o multa por una elevada suma, la que en caso de reincidencia se quintuplica.

b) Consecuencias civiles.-

Para este caso, serían aplicables las siguientes disposiciones del Código Civil: artículos 578, 1555, 1556, 1557, 1558, 2314, 2315, 2316, 2320, 2325, 2329 y 2331.

Según ellos "todo daño" imputable a dolo o negligencia ajena debe indemnizarse, pero este resarcimiento corresponderá al daño efectivamente producido, ya sea daño emergente o lucro cesante.

Además, si proviniera de un empleado la revelación, en todo caso, la institución bancaria sería solidariamente responsable.

Si la violación proviene del banco, a través de algún órgano representativo, que expresa su voluntad, la respon-

sabilidad de éste es clarísima, llenándose los demás requisitos legales que la hagan procedente.

c) Consecuencias penales.-

En este caso podía pensarse que, ante una revelación de secretos por el banco o sus empleados, serían aplicables los siguientes artículos del Código Penal, según la situación: 109 inciso 7º, 146, 156, 231, 246, 247, 260, 337 y 416.

Sin embargo creemos que una institución bancaria, por violaciones de secretos, no tendría sanción penal, por existir al respecto un vacío legal. Sabemos que las normas penales, por el principio de que no hay delito sin ley, para su aplicación deben estar previamente tipificadas estas conductas y configurarse fácticamente.

Se podría afirmar que los artículos 246 y 247 del Código Penal, que sancionan revelaciones de secretos serían aplicables; pero ellos están referidos a empleados públicos y a profesionales con título, calidades que no tienen los banqueros. Por lo tanto, es imposible pensar en su aplicación a los banqueros, ya que en el Derecho Penal no es admisible la analogía interpretativa.

Sólo sería aplicable el artículo 416, en caso de que las revelaciones de secretos configuren una injuria en contra del cliente, esto es, que las expresiones proferidas o las acciones ejecutadas al revelar, sean en deshonra, descrédito o menosprecio del mismo, además del elemento voluntariedad: dolo.

CAPITULO II

El Secreto Bancario frente a la Jurisprudencia Nacional

Nuestros Tribunales, conociendo de Recursos de Protección, han tenido tres oportunidades para referirse al secreto bancario. Ellos son los mencionados casos Chiofalo, Banco O'Higgins y Banco de Santiago.

Estos casos, a pesar de haber ocurrido durante la vigencia del Acta Constitucional n^o 3, tienen plena vigencia ya que las normas constitucionales a la luz de las cuales fueron resueltos, son, en esencia, las mismas que hoy nos rigen.

Dichos recursos incidieron en la salvaguarda a las garantías constitucionales que nosotros hemos sostenido con el fundamento del secreto bancario. Aún cuando el Tribunal Supremo no lo diga siempre derechamente, así lo hemos entendido.

El Acta Constitucional n^o 3 en su artículo 1^o n^o 13 aseguraba "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".

Estos mismos conceptos configuran hoy, en la Constitución de 1980, los n^os. 4 y 5 del artículo 19, distinguiendo-

se el respeto a la vida privada de la inviolabilidad de los documentos privados.

Se analizará cada uno de dichos casos:

1.- Recurso de Protección de Nelly Chiofalo Santini. - Corte Suprema, 19 de junio de 1980 (178).

Hechos de la causa. -

El Director de la Dirección Metropolitana de Santiago del Servicio de Impuestos Internos, don James Davis Rucinski, por resolución n^o 502 de 11 de marzo de 1980, dispuso, "por orden del Director", que el funcionario don Luis Fiercarte Díaz, de dotación del grupo n^o 3 de la subdirección de operaciones, practicara el examen de las cuentas corrientes n^os. 10.020888-7 del Banco de Concepción, sucursal Providencia, y 32.7287-8 del Banco Comercial de Curicó, ambas oficinas de Santiago, cuya titular era doña Nelly Chiofalo Santini.

A los directores Regionales, por resolución n^o 47 de 22 de julio de 1976, del Director Nacional de Impuestos Internos, se le delegó la facultad de disponer, por resolución fundada, el examen de las corrientes bancarias cuando el servicio se encuentre investigando infracciones a las leyes tributa

178.- Interpuesto primeramente ante la Corte de Apelaciones de Santiago (causa rol n^o 22-80), quien no lo acogió; dicho fallo apelado fue revocado por la Corte Suprema (causa rol n^o 14.271). Publicado en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXVII (1980), n^o 2, segunda parte, sección primera, pág. 41-46. Publicado también en Revista Fallos del Mes, n^o 259, junio de 1980, sentencia n^o 6, pág. 148. Por último, la reproduce íntegramente Juan Pinto Lavín, obra citada, pág. 40-47.-

rias sancionadas con pena corporal, debiendo las resoluciones que se dicten llevar antes de la firma la frase "Por orden del Director".

Este examen de las cuentas corrientes de doña Nelly Chiofalo Santini se decretó en virtud de que el departamento normativo del Servicio se encuentra investigando tributariamente a dicha contribuyente y que las investigaciones preliminares arrojan antecedentes para presumir fundadamente que ha incurrido en infracciones tributarias sancionadas con pena corporal.

El Recurso de Protección.-

El abogado Jaime Figueroa Araya, en representación de doña Nelly Chiofalo Santini, recurrió de protección en contra de la resolución del Servicio de Impuestos Internos, ya que habría infringido los artículos 1º de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques y 62 del Código Tributario, y que autoriza al Director de Impuestos Internos ordenar el examen de cuentas corrientes, cuya orden no puede ser decretada por el Director de la Región Metropolitana.

La Corte de Apelaciones no conoció del fondo del asunto, aduciendo que el territorio nacional se encontraba en situación de emergencia, en virtud del Decreto Ley nº 1.684, dictado en ejercicio del Poder Constituyente.

Apelado este fallo, la Corte Suprema rechaza la

alegación del tribunal a quo, expresando que "debe desestimarse por cuanto la impetrada (protección) nada tiene que ver con ese estado, ya que ella se formula únicamente, respecto de la resolución que autoriza el examen de unas cuentas corrientes bancarias del que podía desprenderse la comisión de un delito tributario, lo que en manera alguna afecta ni puede afectar a la seguridad de la Nación" (considerando 1º).

Seguidamente, la Corte Suprema, sin reenviar la causa al tribunal apelado, dispone que "puede entrar a conocer y resolver, con ocasión del recurso de apelación deducido, del fondo mismo del asunto" (considerando 2º).

De este modo, revocará la sentencia apelada y acogirá el recurso de protección (resolviéndose curiosamente en única instancia el fondo del asunto).

La discusión del asunto no se centró en los fundamentos del secreto de la cuenta corriente, sino en que la medida que decretaba el examen emanaba de una autoridad incompetente.

Así, la Corte Suprema dice que "la historia fidedigna del establecimiento del artículo 62 inciso 2º del Código Tributario antiguo, cuyo texto es exactamente idéntico al mismo inciso de igual artículo del actual" y "de la letra misma de la disposición (...) se desprende, nítidamente, que el examen de las cuentas corrientes bancarias sólo puede disponerlo el Direc

tor, llenando los demás requisitos que la ley establece, porque es indudable que cuando se faculta sólo a una determinada persona para ejercitar una facultad, ello lo inhabilita para delegarla, porque de otra manera, mediante este subterfugio, se substituye en algo que le es privativo, de tal modo que su delegación en los Directores Regionales y en el Jefe del Departamento de Investigación de Delitos Tributarios de que da cuenta la resolución n^o 147 de 22 de julio de 1976, no produjo ni puede producir efecto alguno, estando viciada, en este aspecto, desde su comienzo". (considerando 5^o).

Además agrega la Corte Suprema, lo que ya hemos citado en este trabajo, que la "resolución, fuera del vicio anotado, carece, además, de fundamentos y la indicación de cual infracción tributaria se investiga y qué disposición le sería aplicable de las que la ley sanciona con pena corporal" (considerando 6^o).

Termina diciendo "que en la especie, no emanando el decreto que dispone el examen de las cuentas corrientes de la recurrente de la única autoridad que está autorizada para disponerlo, decreto que debe llenar copulativamente, los demás requisitos exigidos por el inciso 2^o del artículo 62 del Código Tributario, se ha vulnerado la garantía constitucional de respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona, ya que sus documentos privados únicamente pueden registrarse en los casos y formas determinados por la ley, dere-

cho que procede resguardar accediendo al recurso interpuesto y dejando sin efecto al decreto del Director Metropolitano de Santiago que autorizó dicho examen" (considerando 8^o).

Este es el voto de mayoría, ya que esta sentencia fue acordada contra el parecer de dos ministros de la Corte Suprema (Rivas y Correa), que expresaron en su voto de minoría que "la medida decretada (por el Servicio de Impuestos Internos) es totalmente ajena a aquellos bienes jurídicos (respeto y protección de la vida privada), ya que una investigación de carácter contable referida al desarrollo del contrato de cuenta corriente se traduce en el estudio del movimiento de fondos y sus alternativas que la misma reclamante ha efectuado, y no al estudio de su conducta moral, ni de la vida privada de la recurrente". (considerando 11^o).

Recapitulando: la Corte Suprema, sin analizar el fondo del tema, declarando incompetente a la autoridad que disuso el acto administrativo, evitó la revisión de cuentas corrientes.

Lo importante, para nosotros, es que invoca como fundamento y garantía vulnerada, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y a la inviolabilidad de sus documentos privados.

Finalmente, como lo veremos en los dos casos siguientes también, como lo dice Eduardo Soto Kloss, "el juez su-

premo ha preferido no profundizar en demasía en el llamado "secreto bancario" (179).

2.- Recurso de Protección del Banco O'Higgins. - Corte Suprema, 2 de abril de 1981 (180).

Hechos de la causa. -

Con motivo de encontrarse el Servicio de Impuestos Internos investigando las actuaciones de diversas personas relacionadas con una empresa llamada Unión 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 indebidas de I.V.A.)

De este modo, el Servicio de Impuestos Internos, con fecha 6 de noviembre de 1980, notificó citación n° 56 al Gerente General del Banco O'Higgins, don Luis Marchant Suberca

179.- El Recurso de Protección, Orígenes, doctrina y jurisprudencia, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pág. 119.-

180.- Interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago (rol n° 108-80), quien no lo acogió (29.12.80). La Corte Suprema (causa rol n° 14.770), acoge la apelación deducida en contra del fallo anterior. Publicado en: 1) Nueva Gaceta Laboral, Tributaria, jurídica, Santiago, año 4, vol. IV, n° 3, págs. 5-15; 2) Oficina Coordinadora, Santiago, Memorandum n° 68-1981, de 9 de abril de 1981; 3) Anuario Tributario de Impuestos, Jurisprudencia de Impuestos Internos, Libro I, septiembre de 1981, págs. 56-78 (aparecen informes y ambas sentencias); 4) Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXVIII (año 1981), n° 1, segunda parte, sección primera, pág. 25 (fallo Corte Suprema), y en misma Revista, sección quinta, pág. 69 a 76 se reproducen considerandos del fallo de la Corte de Apelaciones, no revocados; y 5) Revista Fallos del Mes, n° 269, abril de 1981, sentencia n° 7, pág. 77-85.- Ver también al respecto, comentarios de prensa: Diario "El Mercurio", ediciones de los días 6.1.81; 3.4.81; 9.4.81; 10.4.81; 20.4.81; y, 28.4.81. Revista "Hoy", edición 8 al 14 de abril de 1981.-

scaux, para que concurriera personalmente al Departamento de Investigación de Delitos Tributarios el día 1º de noviembre de 1980, a las 9,30 horas, con los siguientes antecedentes: "vale vista, órdenes de pagos o cualquier otra forma de remesa por el señor Juan Rubén Grubsić 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 Grubsić 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, pero enviando algunas fotocopias de remesas, excusándose de enviar otros antecedentes.

Con fecha 12 de noviembre de 1980 se notificó al Banco O'Higgins denuncia de haber incurrido, según Impuestos Internos, en la infracción prevista y sancionada en el artículo 97 n.º 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.

El 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, 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.º 10 del artículo 1.º del A.C. n.º 3 (hoy, art. 19 n.ºs. 4 y 5 de la Constitución de 1980). De este modo, según el banco, se vulneraría el secreto bancario de cumplirse por él las exigencias del Servicio.

Dice además que el secreto bancario sería una forma del 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.

La Corte de Apelaciones.-

Según ella "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"; y 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 otorga el carácter de

confidenciales" (considerando 5º).

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 7º).

En definitiva, el tribunal de alzada rechaza el recurso "porque las medidas de que se reclama están contempladas expresamente en la ley y el Servicio de Impuestos Internos no ha hecho otra cosa que ejercitar sus facultades para salvaguardar los intereses del fisco" (considerando 9º).

La Corte Suprema.-

Apelada la sentencia anterior, y conociendo de esta apelación, la Corte Suprema comienza señalando 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 de carácter confidencial" (considerando 1º).

Continúa diciendo "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" (considerando 2º).

Además, dice 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 excepcionales, 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 la 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".

Voto de Minoría.-

Los mismos Ministros Rivas y Correa que en el caso anterior estuvieron por no acoger el recurso de Chiofalo, de igual modo no fueron del parecer de la mayoría en este caso.

Según ellos, la discreción bancaria "no puede alcanzar más allá del simple interés particular, para mantener silenciada la divulgación de sólo aquellos hechos cuyo conocimien

to pueden acarrear perjuicios, injustificadamente, a un persona o a sus bienes; y siempre que tales hechos puedan mantenerse ignorados, sin que su reserva comprometa el Bien Común" (considerando 3^o).

Agrega este voto de minoría que "siendo el bien del Estado de prevalencia superior al interés de un particular, lógico es que el secreto bancario a que se alude, deba diferir se en todas aquellas situaciones en que la conveniencia superior así lo determine" (considerando 4^o).

. . . .

Esta es la sentencia más importante entre nosotros y que más a fondo ha analizado el secreto bancario. O, más bien dicho, es la única que ha entrado a consideraciones sustanciales sobre la reserva bancaria, dejando sin lugar a dudas establecida su plena validez en nuestro derecho, a través de la fuerza de la costumbre.

Además, como apunta Soto Kloss, esta sentencia, "revela el desplante que muestra ahora el juez supremo para abordar el control jurisdiccional de los actos de la Administración, en este caso del orden tributario" (181).

181.- Obra citada, pág. 124.-

3.- Recurso de Protección del Banco de Santiago.- Corte Suprema, 5 de octubre de 1982.- (182)

Hechos de la causa.-

Con fecha 5 de noviembre de 1980 el Inspector de Impuestos Internos citó al Gerente General del Banco de Santiago, Fernando Lamadrid Bernal, para que compareciera personalmente al Departamento de Investigaciones de Delitos Tributarios de Impuestos Internos, con fotocopias de la cuenta de ahorro n° 100.02.05138-4 del señor Miguel Zúñiga Maturana y de su documentación de soporte.

No concurrió dicho gerente a la citación, efectuándose dos nuevas, la última para el 10 de noviembre de 1980, bajo apercibimiento de apremios personales, de acuerdo a los artículos 93, 94 y 95 del Código Tributario.

Habeas Corpus.-

El Gerente del Banco de Santiago recurrió de am

182.- La Corte de Apelaciones de Santiago (rol n° 99-80), lo rechazó el 27.1.81, conjuntamente con recurso de amparo interpuesto (rol n° 920-80), el mismo día. El fallo de la Corte Suprema acogió el recurso de protección (rol n° 14.830).

Ver comentarios periodísticos al respecto en Diario El Mercurio, ediciones de los días 11.11.80; 28.1.81 y 6.10.81.-

Publicaciones: a) Fallo de la Corte de Apelaciones, en: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXV-III (1981), n° 1, segunda parte, sección segunda, pág. 21 a 31; b) Fallo de la Corte Suprema, en: Revista Fallos del Mes, n° 275, octubre de 1981, pág. 419.-

paro ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en contra de Felipe Lamarca Claro, Director General del Servicio de Impuestos Internos y Bernardo Lara Berríos, jefe del Departamento de Investigación de Delitos Tributarios de dicho Servicio.

Según él las citaciones y apercibimientos constituían una arbitraria perturbación y amenaza a su derecho a la libertad personal y seguridad individual, ya que, como él no podía violar el secreto bancario entregando los datos solicitados, el Servicio de Impuestos Internos podría solicitar a juez competente apremios personales en su contra.

Este recurso fue rechazado, conjuntamente -como se verá- con el recurso de protección que contra las mismas personas interpuso el banco.

Recurso de Protección.-

El Banco de Santiago recurre de protección, ya que sostiene que la citación señalada vulnera, coarta y perturba las garantías constitucionales de la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados consagrada en la Constitución (en ese entonces art. 1º nº 10 inc. 2º de Acta Constitucional nº 3). Dice que esta garantía se ve vulnerada en perjuicio del Banco de Santiago y del señor Miguel Zúñiga Maturana.

Agrega que esta garantía encuentra una de sus principales consagraciones en el "secreto bancario", estableci

do -desde antes de su reconocimiento legal expreso- en la actividad de los bancos y demás instituciones financieras. Dice que en virtud de dicho secreto las operaciones bancarias serían reservadas, como norma general, salvo los casos excepcionales -muy pocos y de derecho estricto en que se permite su exhibición, para efectos concretos y precisos.

Dice además, que entre estos casos de excepción no se encontraría el que motiva el presente recurso.

Termina diciendo que la reserva se aplica a todas las operaciones y/o actividades que los particulares pudieran realizar con los Bancos e Instituciones Financieras.

La Corte de Apelaciones.-

La Corte reconoce que el "secreto bancario" tiene su origen en la norma constitucional aludida y en otras disposiciones del Código de Comercio, derivando éste de la calidad de comerciantes que tienen los bancos.

Pero, según este Tribunal, las normas del Código Tributario tendrían un carácter "especialísimo", que regirían con preferencia a las contenidas en el Código de Comercio. Por lo dicho -dice- las normas que autorizan citar a comerciantes y no comerciantes contenidas en el Código Tributario serían excepciones legales a la inviolabilidad de los instrumentos privados.

Declara también que el Gerente del Banco no está obligado a guardar el secreto profesional, "ya que dicha reserva se refiere solamente a aquellos profesionales que requieren título, lo que no sucede con los gerentes de banco, los cuales no requieren de título alguno para ejercer su oficio" (considerando 10^o). Estamos de acuerdo con este considerando.

En definitiva, no acoge el recurso la Corte de Apelaciones.

Corte Suprema.-

Este Tribunal, al conocer la apelación deducida en contra de la sentencia del juez a quo, no entrará al tema del secreto bancario, vislumbrando otro elemento en el caso, y que le permitirá hacer justicia, fallando a favor del recurrente.

En efecto, en su considerando 10^o dice que "para decidir el presente asunto no es menester fijar la consideración en el tema del secreto bancario o del secreto profesional que ha preocupado tanto al banco recurrente como a los funcionarios informantes, pues para resolverlo basta tener en cuenta que los documentos requeridos por el Servicio de Impuestos Internos al Gerente del Banco de Santiago, cautelados o no por una u otra especie de reserva, son de carácter privado y su registro no está en este caso autorizado por la ley".

Señala que "los documentos requeridos (...) son

de indudable índole privada, pues trasuntan el movimiento de depósitos y giros de una cuenta que privativamente concierne a su titular y al banco encargado de su manejo", agregando que "la citación cuestionada entraña una positiva amenaza de registrar los antedichos documentos privados" (considerando 3^o).

La Corte Suprema fija su atención en determinar si el Servicio de Impuestos Internos ha actuado en la especie dentro de la esfera de sus atribuciones fiscalizadoras o bien "para un cometido ajeno a ellas ha querido prevalecerse de facultades que el ejercicio de esas funciones podría autorizar" (considerando 5^o).

Así, la Corte Suprema encuentra una "desviación de procedimiento", que viciaba ab initio toda la situación del Servicio de Impuestos Internos.

Lo que perseguía en realidad el Servicio mediante estas citaciones era obtener determinados datos para emitir un informe contable que le había sido requerido por un Tribunal de Letras, hecho confesado durante el juicio por la misma autoridad administrativa.

Ahora, las disposiciones invocadas por el Servicio de Impuestos Internos para ello (los artículos 34 y 60 inciso penúltimo del Código Tributario) le dan facultades para otras finalidades, distintas de la señalada, por lo que la Corte Suprema concluye que la actuación del Servicio de Impuestos

Internos "no resulta legitimada por las disposiciones invocadas al decretarla ni por ninguna otra" (considerando 8º).

Por consiguiente esta medida constituía una amenaza a la garantía constitucional de la inviolabilidad de los documentos privados, declarando este Tribunal que se acoge el recurso de protección.

Comentarios

A la luz de las tres sentencias analizadas precedentemente, es indiscutible en Chile la existencia del objeto de nuestros estudios: el secreto bancario.

Sin embargo, en el plano jurisprudencial, es difícil hablar de una evolución, precisamente porque estos tres son los únicos casos que han abordado el tema; en sólo dos de ellos se reconoce la existencia del secreto bancario; y en sólo uno de ellos se le atribuye como fuente la costumbre.

Lo verdaderamente novedoso e interesante de estos tres fallos es el criterio con que la Corte Suprema aborda el tema. La doctrina nacional no contempla nada parecido. Dicho criterio es fundamentar el secreto bancario en la garantía constitucional del respeto a la vida privada y de la inviolabilidad de los documentos privados.

Así:

a) en el primer caso, Chiofalo, aún cuando no analiza directamente el secreto bancario como institución, llega a la conclusión de que las cuentas corrientes están resguardadas en sus secretos por la garantía constitucional aludida;

b) en el caso Banco O'Higgins, la Corte Suprema marca ahora más el acento en el hecho de estar sancionado el secreto bancario por la costumbre comercial, atribuyéndole fuerza de ley en este aspecto, y acogiendo el recurso de este Banco que, ante ciertas peticiones del Servicio de Impuestos Internos, veía perturbado el ejercicio de la garantía a la vida privada y a la inviolabilidad de los documentos privados, y

c) en el último caso, Banco de Santiago, la Corte Suprema, sin referirse al secreto bancario como institución, acoge el recurso porque nuevamente estaba siendo amenazada dicha garantía constitucional. Aún la Corte de Apelaciones (quien no había acogido este recurso) reconoce que el secreto bancario tiene su origen en la disposición constitucional que establece esas garantías.

Como se apreciaba, concuerda el criterio de nuestro más alto tribunal, reiterado ya en tres oportunidades, con el fundamento que nosotros hemos dado al secreto bancario. Es por lo demás el fundamento que se sustenta en Suiza, España, Argentina, Italia y Alemania, por autores como Maurice Aubert, Jean Philippe Kernin y Herbert Schönle, G. Batlle, Miguel Bajo

Fernández y Carzola Prieto, Juan Carlos Malagarriga, Esteban Cottely y Redeker y Sichtermann, entre los que nosotros hemos citado.

El razonamiento de la Corte Suprema es muy valioso para el estudio de la institución, ya que establece un punto de partida. Este criterio es como el hito fundamental desde el cual debe partir todo análisis del secreto bancario, de cualquiera de sus aspectos.

Huelga señalar que ello se debe a que en nuestro derecho sólo tenemos normas consuetudinarias al respecto, y sólo criterios legales.

CONCLUSIONES

1.- El hombre, por naturaleza es un ser comunicativo; pero, al mismo tiempo, necesita de los secretos, los que debe revelar en determinadas oportunidades. En el aspecto patrimonial, su confidente -necesario- serán las instituciones financieras o bancarias, a quienes les revelará constantemente sus intimidades o secretos de índole económicas.

Ahora, jurídicamente, existen los llamados derechos de la personalidad, dentro de los cuales se ubica el derecho a la intimidad privada de las personas, cubriendo todos sus aspectos y relaciones. El derecho, por lo tanto, protege la intimidad económica de los individuos, como parte de esa privacidad.

Fluye, entonces, el secreto bancario de estas dos realidades: las personas depositan en los bancos sus intimidades económicas; y, que ellas se encuentran protegidas por el ordenamiento jurídico, debiendo los bancos mantenerlas en reserva.

Doctrinariamente, así nace el secreto bancario.

2.- Como consecuencia de dicha fundamentación, en el ordenamiento jurídico chileno, el secreto bancario encuentra su principal fuente en la Constitución Política del Estado, que consagra como garantía el respeto y protección a la vida privada y

la inviolabilidad de los documentos privados, campo en que están insertos los secretos de índole económica de las personas.

Nuestra legislación positiva, en la que constituye su fuente más común -la ley-, no consagra expresamente el secreto bancario. Encontramos eso sí una fuente que suple a la ley: la costumbre; y, estudiado sus requisitos, afirmamos que es ella la que ha consagrado a este nivel con más claridad el secreto bancario.

La jurisprudencia nacional ha adoptado un criterio que estimamos es el correcto, al reconocer, primero, la existencia del secreto bancario; segundo, su raigambre constitucional basada en la misma fundamentación que nosotros sustentamos, y, tercero, al verificar su consagración consuetudinaria, plenamente válida.

3.- De este conjunto de principios, normas y veredictos hemos tratado de dar forma a un cuadro más o menos armónico de lo que hace el secreto bancario. En todo caso, es la jurisprudencia quien debe reforzar estos esfuerzos interpretativos, que tienen autoridad meramente doctrinaria. Y, finalmente, como se desprende de todo lo anterior, es el legislador quien debe llenar el vacío legal existente en la materia. Debe legislarse sobre el secreto bancario como tal. Esperamos que nuestros esfuerzos, al analizar cada uno de sus aspectos, sirvan para orientar esta tarea, aún cuando sea para señalar el camino incorrecto que no se debe seguir.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga: CURSO DE DERECHO CIVIL, Parte General, Editorial Nascimento, Santiago, 1971.-
- 2.- Antonio Alvarez Hoble: GUION DE UN ENSAYO SOBRE DEONTOLOGIA NOTARIAL, en: Anales de la Academia Matrinense del Notariado, Argentina, Tomo VII, año 1953.-
- 3.- Tullio, Ascarelli: INTRODUCCION AL DERECHO COMERCIAL, Editor S.A. Editores, Buenos Aires, 1958.-
- 4.- Avilés Cucurella, Gabriel y José María Pon de Avilés: DERECHO MERCANTIL, J. Ma. Bosch Editor, Tercera Edición, Barcelona, 1959.-
- 5.- Arrillaga, De José Ignacio: LA BANCA EN SUIZA, en: Revista de Derecho Mercantil, España, n° 17-18, 1948, pág.199.-
- 6.- Bajo Fernández, Miguel: EL SECRETO PROFESIONAL EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, España, Tomo 33, fascículo III, año 1980, pág. 600.-
- 7.- Bauche Garcíadiago, Mario: OPERACIONES BANCARIAS ACTIVAS, PASIVAS Y COMPLEMENTARIAS, Editorial Porrúa S.A., Segunda Edición, México, 1974.-
- 8.- Bielsa, Rafael: LA ABOGACIA, Editorial Abeledo Perrot, Tercera Edición, Buenos Aires, 1960.-
- 9.- Cárcamo Olmos, Juan: EL DESCUBRIMIENTO Y REVELACION DE SECRETOS EN CUANTO RESGUARDA LA INTIMIDAD INMATERIAL EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL, en: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Chile, Tomo 78, n° 2, Sección Derecho, pág. 55 y ss.

- 10.- Carominas, Joan: BREVE DICCIONARIO ETIMOLOGICO DE LA LENGUA CASTELLANA, Editorial Gredos, Madrid, 1961.-
- 11.- Carrera Bascuñán, Helena: EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963.-
- 12.- Carzola Prieto: EL SECRETO BANCARIO, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1978.-
- 13.- Del Vecchio, Giorgio: VERDAD Y ENGAÑO EN LA MORAL Y EN EL DERECHO, en: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LIV, mayo-junio 1957, n^os. 3 y 4, Primera Parte, Sección Derecho, pág. 15 y ss.-
- 14.- Díaz Molina, Iván M.: EL DERECHO DE PRIVACY, en: Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, año XXXII, enero-septiembre de 1963, n^os. 1-2-3.-
- 15.- Domínguez Aguila, Ramón H. y Domínguez Benavente, Ramón: LAS SERVIDUMBRES A QUE OBLIGA LA GRANDEZA. LA ESPERA DE LA INTIMIDAD Y LAS PERSONALIDADES PUBLICAS, en: Revista de Derecho, Universidad de Concepción, año 36, n^o 144.-
- 16.- Etcheberry, Alfredo: DERECHO PENAL, Editora Nacional Gabriela Mistral, Segunda Edición, Santiago de Chile, 1976, Tomo III.-
- 17.- Garrigues, Joaquín: LA OPERACION BANCARIA Y EL CONTRATO BANCARIO, en: Revista de Derecho Mercantil, España, n^o 66, pág. 260 y ss.-
- 18.- González Sepúlveda, Jaime: EN DERECHO A LA INTIMIDAD PRIVADA, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1972.-
- 19.- Gulphe, Pierre: LE SECRET PROFESSIONEL DU BANQUIER EN DROIT FRANCAIS ET EN DROIT COMPARE, en: Revue Trimestrielle de Droit Commercial, Francia, enero-marzo 1948, n^o 7, pág. 8 y ss.-

- 20.- Hessen, Juan: TEORIA DEL CONOCIMIENTO, Editorial Espasa Calpe S.A., Duodécima Edición, Madrid, 1970.-
- 21.- Hübner Gallo, Jorge I.: MANUAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, año 1963.-
- 22.- Jiménez de Parga Cabrera, Rafael: EL SECRETO BANCARIO EN EL DERECHO ESPAÑOL, en: Revista de Derecho Mercantil, España, n° 113, 1969.-
- 23.- Jossierand, Luis: DERECHO CIVIL, Tomo I, Vol. 1, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía Editores, Buenos Aires.-
- 24.- Labanca, Jorge: EL SECRETO BANCARIO, en: Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1968, Tomo 1968-II, n° 3.010, sección doctrina, pág. 1 y ss.-
- 25.- Malagarriga, Juan Carlos: EL SECRETO BANCARIO, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.-
- 26.- Montes Olavarrieta, Leonidas: DE LA PREVARICACION DE ABOGADOS Y PROCURADORES, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963.-
- 27.- Messineo, Francesco: MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, Tomo VI, pág. 129 y 130.-
- 28.- Miró Molina, J.Olmedo: LEY DE CUENTAS CORRIENTES BANCARIAS Y CHEQUES ANTE LA LEGISLACION COMPARADA, Memoria Universidad de Chile, en: Memorias de Licenciados, Derecho Comercial, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1953.-
- 29.- Morand, Luis: EL SECRETO BANCARIO, en: Aspectos legales del sector financiero, Instituto de Estudios Bancarios Guillermo Subercaseaux, Santiago, 1981.-

- 30.- Pinto Lavín, Juan: EL SECRETO BANCARIO, Distribuidora Universitaria Chilena Limitada, Santiago de Chile, 1980.-
- 31.- Pon de Avilés José Ma. y Avilés Cucurella, Gabriel: DERECHO MERCANTIL, J.Ma. Bosch Editores, Tercera Edición, Barcelona, 1959.-
- 32.- Puelma Accorsi, Alvaro: ESTUDIO JURIDICO SOBRE OPERACIONES BANCARIAS, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1971.-
- 33.- Radbruch, Gustav: INTRODUCCION A LA FILOSOFIA DEL DERECHO, Fondo de Cultura Económica, Tercera Edición, México, 1965.-
- 34.- Somarriva Undurraga, Manuel y Alessandri Rodríguez, Arturo: CURSO DE DERECHO CIVIL, Parte General, Editorial Nascimento, Santiago, 1971.-
- 35.- Soto Klose, Eduardo: EL RECURSO DE PROTECCION. Orígenes, doctrina y Jurisprudencia. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982.-
- 36.- Urrejola Arrau, Gonzalo: EL SECRETO DE LA CUENTA CORRIENTE BANCARIA, Memoria Universidad de Concepción, 1949.-
- 37.- Vallbuona, José Rigo: EL SECRETO PROFESIONAL, Editorial Hispano Europa, Barcelona, 1961.-
- 38.- Vasseur, Michel: Resección a: LE SECRET BANCAIRE SUISSE, de Maurice Aubert, Jean Philippe Kern y Herbert Schönlé, Editorial Staempli et Cie, Berna, 1976, en: Banque, Francia, enero de 1977, n° 358, pág. 96-97.-

Otras fuentes:

- 1.- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Editores Espasa Calpe S.A., 19a. Edición, Madrid, 1970.-

- 2.- Enciclopedia Jurídica Española, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910, Tomo IV y V refundidos.-

Diarios y Revistas varias:

- 1.- Revista Banque, Francia.-
- 2.- Recueil Dalloz Sirey, Francia.-
- 3.- Revue Trimestrielle de Droit Commercial, Francia.-
- 4.- Revista de Derecho Mercantil, España.-
- 5.- Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Concepción, Chile.-
- 6.- Anales de la Academia Matrinense del Notariado, Argentina.-
- 7.- Anuales de Derecho Penal y Ciencias Penales, España.-
- 8.- Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina.-
- 9.- Revista Nueva Gaceta Laboral, Tributaria, Jurídica, Santiago.-
- 10.- Revista de Derecho y Jurisprudencia, Chile.-
- 11.- Boletín del Servicio de Impuestos Internos, Chile.-
- 12.- Anuario Tributario Impuestos Internos.-
- 13.- Informes Oficina Coordinadora, Santiago.-
- 14.- Manual de Consultas Tributarias del Servicio de Impuestos Internos.-
- 15.- Revista Hoy.-
- 16.- Diario El Mercurio.-

Normativa:

- 1.- Circulares de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.-

2.- Circulares del Servicio de Impuestos Internos.-

3.- Dictámenes de Fiscalía de Banco del Estado de Chile.-