

**ALEJANDRO
VERGARA
BLANCO**

Editorial Jurídica de Chile

EL SECRETO BANCARIO

**Sobre su Fundamento,
Legislación y Jurisprudencia**

EL SECRETO BANCARIO
Sobre su fundamento,
legislación y jurisprudencia

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© ALEJANDRO VERGARA BLANCO

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago de Chile

Inscripción N° 76.391

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 1.000 ejemplares en el mes de diciembre de 1990

IMPRESORES: Alfabetá

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

I.S.B.N.: 956-10-0896-2

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

Abogado. Doctor en Derecho.

Profesor de Derecho

EL SECRETO BANCARIO

SOBRE SU FUNDAMENTO,
LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

PROLOGO

Don Alejandro Vergara Blanco ha abordado un tema que, si bien ha merecido estudios y debates desde antiguo, en nuestro país ha recibido una consagración legal reciente y en otros, como lo dice el autor, continúa a nivel de costumbre o doctrina.

El secreto bancario, esto es la reserva que la ley o la costumbre imponen al banquero o, mejor dicho, a las personas que laboran en o para un banco, tiene por objeto resguardar la privacidad del cliente, quien, por diversos motivos, no desea que se revelen sus operaciones de carácter financiero. En cambio, el banco como tal, institución de interés público, está obligado a dar a conocer el estado de sus negocios en forma detallada a sus revisores, llámen-se Superintendencia, auditores, evaluadores, etc., y en forma genérica, en los estados financieros que la ley le exige publicar con cierta periodicidad.

La obra del señor Vergara es completísima y viene a llenar un vacío que resulta explicable, por cuanto la disposición que verdaderamente consagra el secreto bancario en nuestro país fue promulgada a fines de 1986.

El autor se ha servido de libros y experiencias recogidos en una reciente estada en Europa, motivada por estudios que allá realizó, para complementar las normas chilenas con los preceptos, doctrinas y jurisprudencias existentes en otros países.

Santiago, 2 de mayo de 1990

LUIS MORAND VALDIVIESO
*Profesor de Derecho Comercial,
Pontificia Universidad Católica de Chile*

El secreto bancario fue, en 1983, el tema de mi Seminario de Titulación, o Memoria de Prueba, para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Además, entre 1987 y 1988, en medio de un programa de doctorado, aun cuando estaba éste dirigido a otros ámbitos, continué tal línea de investigación, profundizando algunos aspectos del fundamento del secreto bancario. Fruto de ambas experiencias, y, en menor medida, de otras que señalo más adelante, es la actual síntesis. En casi todo su texto es notorio su origen, lo que no he alterado sustancialmente, sino sólo en la medida de lo necesario, para mantenerlo al día y corregirlo desde el punto de vista formal.

Por lo tanto, el lector debe tener presente que este libro se nutre de esa Memoria y de una investigación de doctorado, cuyos resultados parciales he ofrecido con anterioridad en los trabajos *El secreto bancario ante el derecho chileno* [publicado en la *Revista de Derecho* (Concepción, 1986) y en los *Cuadernos Iberoamericanos de Estudios Fiscales* (Madrid, 1988)]; *Sobre el fundamento del secreto bancario* y *Bibliografía sobre secreto bancario* [ambos publicados sólo en España, en la *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública* (Madrid, 1988 y 1989, respectivamente)]. En alguna medida, también ayudó a continuar en el tema mi experiencia al haber participado, en España, junto a otros colegas, en la traducción del gran libro suizo *Le secret bancaire suisse. Etendue et limites en droit privé, pénal, administratif, fiscal, judiciaire, dans le cadre des conventions internationales et selon la jurisprudence des tribunaux des Etats-Unis*, de Maurice Aubert, Jean-Philippe Kernén y Herbert Schönle (Berna, Verlag Staempfli y Cie. AG,

1982) [cfr. su edición castellana: Aubert, Kernén y Schönle, *El secreto bancario suizo* (traducción de Vergara, Rabbi-Baldi, Velaz y Torrelles, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1990)], de gran riqueza e indudablemente la mejor y más completa obra que sobre el tema se ha publicado hasta ahora.

Además, es necesario que quede claro en los lectores el objeto de esta publicación de síntesis sobre un tema que ya resulta, a estas alturas, cada vez más claro que no constituirá mi principal línea de investigación futura (por mi actual dedicación fundamental al estudio histórico-dogmático del derecho minero y de aguas). Su objeto es, digo, ofrecer y no dejar oculto en una biblioteca privada el esquema resultante de todo el caudal de noticias y antecedentes doctrinarios, no sólo nacionales sino mayormente europeos, que sobre el tema del secreto bancario he recopilado en los últimos años. En definitiva, por lo dicho, no se busque en estas páginas, en su mayoría escritas hace varios años, aportes dogmáticos al secreto bancario, sino más bien un *status quaestionis* sobre el tema, junto a otras informaciones que pudieran ser de interés.

Llegado el momento de los agradecimientos, durante estos años he recogido gran cantidad de material, estímulos y colaboraciones provenientes de diversas personas, a quienes no puedo olvidar. Agradezco, entonces, a Hernán Troncoso Larronde; a Alvaro Troncoso Larronde; a Héctor Palacios Piña; a Mauricio García Larenas; a Eugenio Simon Acosta; a Luis Morand Valdivieso (quien además ha tenido la gentileza de prologar este modesto trabajo); a Juan Pinto Lavín; a Isaac Merino Jara; a Eduardo Soto Kloss; a Joaquín García-Huidobro Correa; a Renato Rabbi-Baldi Cabanillas; a Hernán Corral Talciani; a Juan Guillermo Valenzuela Vargas; a Ramiro Mendoza Zúñiga; a Arturo Prado Puga; a Fernando Carmash Cassis; a Antonio Alvarez de Morales; a María Teresa Garay; a Guido Poblete Miranda; a María Isabel Eisautier; a Federico Vallejos; a Raimundo Caballero Blanco (Q.E.P.D.); en fin, a Sonia Pérez Morales, y a todos aquellos que no alcanzo a nombrar. Obviamente, también debo agradecer a Ruth y Francisca.

Santiago, 2 de mayo de 1990.

A.V.B.

INTRODUCCION

1. LA FUNCIÓN DEL BANQUERO DESDE SU ORIGEN HASTA HOY

a) Desde un punto de vista histórico, la función originaria desarrollada por quienes más tarde serían llamados banqueros fue el cambio de monedas¹. 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 llamado *kalendarium*; estos verdaderos precursores de los modernos bancos tenían como principal obligación llevar contabilidad, cuyo examen general estaba prohibido²; esta prohibición, obviamente, debemos considerarla un antecedente histórico-jurídico del secreto bancario.

Durante la Edad Media se desarrolla notablemente el negocio cambiario con los *campsores*, quienes también se dedicaron a los depósitos y préstamos.

Los primeros bancos, como modernamente se los concibe, se

¹ Se dice que al comerciar con las monedas las colocaban sobre una mesa o un banco, y de ahí el nombre de "comercio de banca", que aún se conserva. Cfr. AVILÉS CUCURELLA, Gabriel y PON DE AVILÉS, José María, *Derecho Mercantil* (Barcelona, Bosch, 1959), p. 322. No obstante, algunas enciclopedias al uso aún sostienen un origen diverso, señalando que provendría de la expresión germana *bank*. Sobre la necesidad de un estudio histórico, en general, y obviamente en este tema del secreto bancario, vid.: ASCARELLI, Tullio, *Introducción al derecho comercial* (Buenos Aires, Ediar, 1958), p. 35.

² Cfr.: voz *Banco*, en: *Enciclopedia Jurídica Española* (Barcelona, Francisco Seix Editor, 1910), 4-5, p. 54.

establecieron en el Norte de Italia, por ejemplo en Venecia en 1156, actividad que se fue extendiendo luego a otros lugares.

b) ¿Qué ocurre en la época actual? —“Este es el reino del banquero”, afirmó hace algunos años Ripert³, lo que ante la vista de cualquier observador actual no resulta alejado de la realidad, pues hoy la acentuación del interés económico, fundado en la movilidad de la riqueza, ha significado un desarrollo sorprendente de la actividad bancaria, la que se ha convertido en palanca insustituible para el normal desenvolvimiento de cualquier sistema económico.

Y esta constatación es importante tenerla en cuenta, pues, por otro lado, difícilmente podríamos comprender las instituciones cuyo campo de acción se encuentra de manera principal en el escenario económico —como el secreto bancario— sin tener conciencia de los profundos cambios producidos en las sociedades de todo el mundo por el sistema capitalista, desarrollado, en un principio, en las sociedades mercantiles y monetarias de Europa occidental⁴, y ahora extendido *urbi et orbi*.

Es el capitalismo el que ha producido una notable transformación del concepto mismo de la riqueza. Ya no es la riqueza inmobiliaria la que, a los ojos de los hombres, realmente importa, como antaño, sino la mobiliaria, representada en esos inventos del sistema: los títulos y las cuentas, los que se encuentran estrechamente ligados a la actividad del banquero⁵.

³ RIPERT, Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne* (París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951), n. 74, p. 70.

⁴ Véase BEAUD, M., *Historia del capitalismo. De 1500 a nuestros días* (Barcelona, Ed. Ariel, 1984), pp. 15 y 19; RIPERT (n. 3), p. 128 ss.; RIPERT, *Les forces créatives du droit* (París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955), especialmente cap. IV, “Conquista y defensa de los bienes”, pp. 191-247.

⁵ RIPERT (n. 3) señala: “En otros tiempos el rico era el que poseía el castillo y las granjas, junto a una bella casa con jardín en la ciudad, el que tenía bellos muebles y bellas ropas. Su fortuna se ostentaba. Ella imponía un cierto porte y era muy difícil escaparse a las obligaciones que creaba. El comerciante tenía tienda, armaba navíos, almacenaba mercancías; se podía juzgar sobre la riqueza de la casa. Una sola cosa quedaba secreta: el monto de las deudas.

Hoy día el activo se ha hecho secreto, lo que antiguamente era el pasivo. Un hombre puede ser rico sin tener en apariencia ningún bien. El

Todo ello ha producido un auge espectacular de la actividad bancaria, situándola en el centro mismo de la actividad económica, y, a la vez, convirtiéndola en pilar y sustento del sistema capitalista.

Hoy la estructura bancaria está firmemente asentada en todo el entramado que las sociedades modernas han construido para su sustento diario. No parece exagerado afirmar, entonces, que la banca moderna, como transformadora del ahorro individual en utilidad económica y eficiencia social; como promotora de la innovación y del progreso tecnológico, constituye un instrumento precioso de propulsión al desarrollo.

2. SECRETO BANCARIO Y FUNCIÓN BANCARIA

Esencialmente, la función bancaria consiste en la interposición en el crédito⁶. La banca es la intermediadora de toda la riqueza mo-

puede ser arrendatario de un apartamento y poseer una cartera importante. El avaro no tiene que enterrar su cofre (caja fuerte); la deposita en las bóvedas de los bancos. Si él va a participar en operaciones comerciales, no necesita abrir una tienda, le es suficiente adquirir acciones de una sociedad comercial" (p. 155).

Más adelante agrega, relacionado con el secreto de la propiedad mobiliaria, que "el título al portador, el billete de banco permiten mejor todavía crear el misterio, y los bancos no revelan el secreto de las cuentas..." (p. 156).

⁶ CAPRARA, U., voz: *Banca (teoría generale economica)*, en *Novissimo Digesto Italiano* (Turín, Unione Tipografica-Editrice Torinese, 1958), 2, pp. 212-217. Véase, además: ROBLES, A., voz *Banca*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Barcelona, Francisco Seix Editor, 1951), 3, pp. 246-274.

La doctrina italiana se ha ocupado bastante en delinear el concepto jurídico de *actividad bancaria*, siendo opinión mayoritaria que deben concurrir los dos elementos enunciados en el texto. Así, MOLLE, G., *Il 'caso Giuffrè' e la legge bancaria*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, XXIII (1960), 1, p. 409, dice: "[La actividad bancaria es] una actividad que se caracteriza por la adquisición de crédito (a saber, con obligación de restitución) de capitales con la intención de nuevamente enajenarlos, y la cesión del crédito (a saber, con derecho a repetición) de los capitales adquiridos, en una obra, por tanto, de intermediación ofrecida al público en un ejercicio continuo, y desarrollado de un doble modo: recoger entre un público indiscriminado el ahorro y emplear el ahorro así recogido en un ámbito más o menos vasto de clientes".

biliaria, representada, fundamentalmente, por el dinero, dentro de lo cual es posible incluir los demás instrumentos mercantiles que, en última instancia, son reducibles a dinero. En palabras simples, esta intermediación se produce captando el dinero de quienes lo tienen para entregárselo a quienes no lo tienen y lo desean: es la industria del crédito.

Al infiltrarnos ahora en el terreno jurídico, la actividad bancaria se traducirá, fundamentalmente, por un lado, en la recogida o captación del ahorro; y, por el otro, en el ejercicio o colocación del crédito.

Esta función, como tal, es de un interés evidentemente público. Que una vez particularizada en operaciones específicas se individualice, es diferente; pero las funciones, en sí mismas, por ser vitales para el sostenimiento del edificio económico, son del más alto interés para la colectividad. En consecuencia, la actividad bancaria, en alguna medida, trasladará este interés a las instituciones jurídicas creadas como consecuencia de su desarrollo, y que, a su vez, le sirven de causa y fundamento, como específicamente podría serlo el secreto bancario.

Así, a través de su intermediación, los bancos constituyen un lugar de paso obligado de muchos recursos monetarios y, en virtud de ello, manejarán gran caudal de información sobre el patrimonio de sus clientes y sobre sus diferentes movimientos de fondos, llegándose, incluso, a hablar de la existencia de un “despotismo bancario”, pues toda la vida económica de la colectividad estaría sujeta “a la prepotencia de tales empresas”⁷. El

En tal sentido véase, además, MOLLE, G., *Ancora sul 'caso Giuffrè'*, en *Banca, borsa e titoli di credito* (1961), 2, pp. 277-278; PROVINCIALI, R., *Sul fallimento Giuffrè*, en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, XL (1965), 2, pp. 193-206; SANTOS, V., *El contrato bancario. Concepto funcional* (Bilbao, Instituto de Estudios Bancarios y Bursátiles, 1972), p. 221 ss.; FERRI, G., *Manuale di diritto commerciale*⁵ (Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1980), p. 865, además de dichos elementos, agrega los *servicios bancarios*, los que, a su juicio, “no obstante la notabilísima relevancia asumida en la práctica, económica y jurídicamente, absuelven una función un tanto accesoria y complementaria”.

⁷ Cfr. D'ORS, Alvaro, *La indefensión de lo público*, en: *Escritos varios sobre el derecho en crisis* (Roma-Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1973), p. 143.

tráfico mercantil estará representado en las entidades bancarias, lugar desde el cual podrá obtenerse una perfecta radiografía del intercambio comercial y financiero, y del tamaño y composición de los recursos de sus agentes.

De todo esto, los bancos han guardado siempre el más celo de los secretos, a raíz de lo cual se ha ido configurando esta institución que hoy llamamos "secreto bancario".

3. LA PROBLEMÁTICA DEL SECRETO BANCARIO

Esta reserva bancaria ha constituido a los bancos en un centro donde pugnan dos clases de intereses.

a) Por una parte los intereses de índole pública. Así, por un lado, por la importancia de las instituciones bancarias para la economía, como quedó ya dicho; por la incidencia de su actividad en las políticas monetarias estatales; por el evidente interés público de su desenvolvimiento, y, en fin, por el alto grado de información financiera y patrimonial que manejan, la Administración ha querido, desde siempre, conocer esos antecedentes. Muchos de ellos, por su carácter global, siempre han sido entregados para fines estadísticos o de evaluación coyuntural, palabras tan de moda en el espectáculo financiero actual. Para solicitar toda esta información se aluden evidentes intereses colectivos.

Al mismo tiempo, existirá interés de parte de los órganos de la Administración tributaria por conocer los movimientos de fondos y los valores mobiliarios o depósitos que los particulares o empresas mantienen en los bancos, con el fin de aplicar, eventualmente, alguna carga impositiva. En fin, existirá, por esta parte, interés de la Administración de justicia de conocer antecedentes que, en algún grado, puedan servir para impartir, con certeza, justicia.

Todos estos intereses emparentados con lo público, como otros que podríamos enumerar, lo que por ahora es innecesario, tenderán al levantamiento del secreto bancario.

b) Por otro lado, existe el evidente interés de los particulares por mantener reserva de sus antecedentes financieros que se encuentran en manos del banquero, como parte de su intimidad. Si hay algún interés jurídicamente protegido superior a esta inti-

midad, en fin, podría ceder, estrictamente, pero, ante cualquier otro caso, será interés legítimo del particular que el banquero mantenga el secreto.

Ambos intereses, diríamos globales, se encontrarán en constante pugna, cuyo centro serán los bancos, los cuales con el fin de mantener su papel vital en la economía, y siendo una de las herramientas para ello la preservación de las instituciones que les dan vida, como el secreto bancario, querrán que se produzca una favorable armonización de ambos intereses, en lo posible vinculada al mantenimiento del secreto, o, por lo menos, que sea considerado la regla general, y la excepción su desvelamiento.

Es esta armonía, en función de los fundamentos y principios generales que informan la institución, la que nosotros pretendemos encontrar. Por ello, es necesario descubrir sus fundamentos, los cuales irradiarán la luz que fijará cada uno de sus extremos.

PRIMERA PARTE

ASPECTOS GENERALES DEL
SECRETO BANCARIO

I. CONCEPTO Y CARACTERES

1. CONCEPTO

a) La figura del secreto bancario concita hoy gran interés en el mundo jurídico, y existe abundante bibliografía especialmente en los países europeos.

En Chile la situación ha sido diferente durante largo tiempo. No es posible afirmar, sin embargo, que el secreto bancario se encuentra fuera de nuestra tradición jurídica; por el contrario, siempre se ha tenido conciencia de su existencia. Es por esta razón que resulta insólito descubrir el silencio que mantuvieron a su respecto, por largos años, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina; sólo existían prácticas bancarias.

Pero, ¿qué ha ocurrido hoy? La dimensión que ha adquirido el secreto bancario luego de su consagración legal, en 1986, hace necesario efectuar una revisión completa del impacto que ocasiona en el ordenamiento jurídico. Su consagración legal le otorga *status* dentro del ordenamiento existente y le obliga a convivir armoniosamente con otras figuras jurídicas. armonía que debe buscar el intérprete.

b) Ahora, ¿qué es el secreto bancario? Según el *Diccionario de la Lengua Española*, secreto es "lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto"⁸. Entonces, siguiendo tal defini-

⁸ Cfr. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española* (Madrid, Espasa Calpe, 1984), 2, p. 1227.

ción⁹, podría decirse, en general, que secreto bancario es “lo que cuidadosamente tienen reservado y oculto los bancos”. No obstante, desde un punto de vista jurídico, y, sobre todo, por la amplitud y complejidad actual de la función bancaria, se hacen necesarias mayores precisiones. Por esta razón, delimitaremos a grandes rasgos la figura del secreto bancario.

Para algunos, secreto bancario es “la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros sin causa justificada los datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan”¹⁰. Para otros, el secreto bancario “es un deber de silencio a cargo de los bancos respecto de hechos vinculados a las personas con quienes mantienen relaciones comerciales”¹¹.

Un concepto de secreto bancario, como los citados, o como otros que aporta la doctrina¹², es útil como introducción al estudio que iniciamos. Así, en general, es posible señalar que el secreto bancario es aquella institución en virtud de la cual los bancos están obligados a mantener estricta reserva y ocultación de todos los antecedentes de sus clientes, y que hayan conocido como consecuencia de sus relaciones con éstos. Esta obligación cesa ante el mismo cliente o por causas legales.

c) El secreto bancario no hace más que concretar la existencia en todos nosotros de una conciencia primaria del derecho a las intimidades. En el aspecto patrimonial, es este un rasgo ostensible del hombre moderno, pues revela a los bancos muchos de sus secretos, como su fortuna, sus créditos, sus capitales, etc.

⁹ Siguiendo la interpretación que una jurisprudencia reiteradísima ha señalado para el artículo 20 del Código Civil, podemos considerar a éste como su sentido natural y obvio. Cfr. DUCCI CLARO, Carlos, *Interpretación jurídica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977), p. 116.

¹⁰ MALAGARRIGA, Juan Carlos, *El secreto bancario* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970), p. 15.

¹¹ LABANCA, Jorge, *El secreto bancario* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968), p. 9. Este texto había sido publicado con anterioridad en *Jurisprudencia Argentina* (1968), 2, p. 1 ss.

¹² Los conceptos que señala la doctrina, si bien son útiles en general, ellos normalmente se acomodan más bien al ambiente legislativo del que proceden. Véase, por ejemplo: MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho Civil y Comercial* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955), 6, p. 129.

Por la estrecha relación con el banquero, a éste le es posible conocer profundamente el patrimonio de las personas.

Así, es una realidad incontestable la existencia de secretos sobre aspectos patrimoniales o económicos de los particulares en manos de los banqueros, quienes han entendido siempre, desde el nacimiento de los bancos, que estos secretos no pueden ser revelados, pues, a su juicio, estaría implícito en la relación de confianza que les une con los clientes.

2. CARACTERES

a) En doctrina el secreto bancario es un tema nada de pacífico. Por el contrario, es posible encontrar, sobre todo cuando de justificar su existencia se trata, teorizaciones diametralmente opuestas, aun dentro de un mismo ordenamiento jurídico¹³, y esto obedece a diversas razones:

1º No todos los ordenamientos jurídicos consagran disposiciones expresas que reconozcan la existencia del secreto bancario, ni menos que determinen su fundamento. Usualmente, es una elaboración doctrinaria, a partir de usos bancarios inveterados y utilizando principios generales u otras instituciones del respectivo ordenamiento. Este procedimiento, obviamente, produce encuentros y desencuentros en la doctrina; y, sobre todo, en la jurisprudencia, ante la urgencia de solucionar casos concretos.

2º El secreto bancario, desde el punto de vista jurídico, tiene un indudable carácter interdisciplinario. Originariamente se podría pensar que su estudio corresponde a la materia comercial¹⁴, ya que el derecho comercial estudia el estatuto de los bancos. No obstante, muchos aspectos del secreto bancario se relacionan estrechamente, entre otras disciplinas, con el derecho tributario, el derecho administrativo, el derecho procesal, el de-

¹³ Véanse, por ejemplo, amplios repertorios de tesis doctrinales, en: DI AMATO, *Il segreto bancario* (Padua, Ed. Scientifìche Italiana, 1979), p. 14 y siguientes; CAZORLA PRIETO, Luis María, *El secreto bancario* (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1978), p. 60 y siguientes; y, en fin, *supra*, Primera Parte, II, 2.

¹⁴ Cfr. CAZORLA, (n. 13), p. 24.

recho civil, en fin, el derecho constitucional. En cada una de estas parcelas se estudian importantes aspectos de la institución y, según cuál de los principios jurídicos que ellas encierran está acentuado en el ordenamiento jurídico, se configura de una u otra forma el secreto bancario. Así, si la legislación establece el levantamiento del secreto bancario ante los órganos de la Administración tributaria, la garantía constitucional tendería a desaparecer; por el contrario, acentuar la garantía constitucional y evitar el levantamiento por motivos tributarios le otorgará una fuerza impensada a la institución.

3º Por último, y muy ligado a lo anterior, debemos reconocer los múltiples intereses que giran en torno a la figura del secreto bancario. Por un lado, cada persona, por los motivos individuales de que se trate, tenderá a defender su intimidad económica hasta lo absoluto y pretenderá que ésta jamás ceda ante ningún interés diferente, superior o no. Por otro lado, las instituciones administrativas y fiscalizadoras, por motivos de interés público, podrían hacer desaparecer completamente el secreto bancario y lograr conocer todo lo que él oculta. En otro lugar, y unido a lo anterior, los servicios recaudadores de impuestos, de acuerdo con las facultades que les otorgue la ley, pretenderán el levantamiento del secreto. La acentuación de uno u otro interés es lo que resuelve la legislación al establecer los alcances de esta institución.

b) El secreto bancario envuelve, evidentemente, y de ahí nuestro interés, un deber de contenido jurídico; además, por estar en medio de varias disciplinas, tal deber no sólo entronca con lo privado, sino también con lo público.

Por lo tanto, no estamos en frente de una figura que envuelve sólo deberes morales, sino que es un deber jurídico; ésta es su naturaleza jurídica, más aún cuando hoy en día encuentra expresa concretización legislativa (vid. *infra*).

II. FUNDAMENTO

1. EXPLICACIONES PREVIAS

a) *Justificación del secreto bancario*

Justificar el secreto bancario significa buscar el fundamento de la obligación de guardar los secretos de los clientes por parte de los bancos, dónde se origina y el porqué de esta obligación.

No debe confundirse con la naturaleza de la obligación, que podría ser legal o contractual, según los casos. En nuestro país, como se verá, al estar consagrado en la ley, esta naturaleza será legal; pero su justificación escarba aún más allá de la ley: en las causas de su consagración.

En este trabajo sólo daremos una explicación del fundamento que tiene el secreto bancario desde el punto de vista jurídico; su justificación histórica, político-filosófica, económica y aun psicológica¹⁵, si bien interesantes, privarían a este estudio de su carácter propiamente jurídico.

¹⁵ Una exposición de dichos aspectos puede verse en CAZORLA (n. 13), p. 47 y siguientes. Este autor señala cómo desde un punto de vista histórico es importante conocer la ligazón de la actividad bancaria en sus inicios con los templos religiosos, de lo que se infirió una importante consecuencia: el sigilo.

En cuanto a sus aspectos político-filosóficos, se señala que el secreto bancario "implica la consagración del protagonismo del individuo en su proyección económica, consagración que si en principio no tiene por qué chocar con la concepción comunitaria o socialista, sí lo puede hacer en el campo de los límites del secreto". Cfr.: CAZORLA (n. 13), p. 50.

Además, es posible pensar que el secreto bancario podría ser considerado un instrumento en favor de los bancos, con una evidente repercusión económica, ya que a través de él se defiende el capital.

Por último, subyace en esta figura también una dimensión psicológica, originada en las actividades de quienes poseen fortunas de querer mantenerlas en reserva.

Cada una de estas dimensiones que exceden los límites de este trabajo, razón por la cual sólo nos limitamos a enunciarlas, no obstante estar alejadas del estudio de los juristas, contribuyen grandemente a su comprensión y a la explicación de la institución y de su actual importancia.

b) *La búsqueda del fundamento del secreto bancario*

La búsqueda del fundamento del secreto bancario es, desde el punto de vista dogmático, indispensable y previa a una indagación acerca del mismo, pues su resultado deberá constituirse, necesariamente, en el núcleo a partir del cual ha de comenzar su construcción jurídica.

Es éste el perfil más controvertido del secreto bancario. Ello se debe, en gran parte, a la poca atención prestada por las legislaciones de los diferentes países al no consagrar siempre —expresamente— su regulación, no obstante el general reconocimiento de la obligación del banquero a mantener reserva de las operaciones de sus clientes. En otras palabras, se ha desconocido, a través de ese persistente silencio legislativo, la realidad incontestable del secreto bancario como un uso inmemorial dentro de la actividad bancaria, al que tanto los particulares como los bancos, tanto la jurisprudencia como la propia Administración le otorgan plena validez jurídica¹⁶.

Así, siendo un hecho verídico la existencia del secreto bancario como obligación jurídica, no puede aparecer insuficiente el plano dogmático en relación al plano práctico, y es evidente que debe construirse, jurídicamente, su fundamento, pues sólo luego de ello será posible determinar su verdadera esfera de acción.

c) *La controversia sobre el fundamento del secreto bancario*

Hay varias causas que han contribuido a que, en doctrina, existan serias controversias acerca del fundamento del secreto bancario.

Por un lado, como se ha dicho, si las legislaciones no abren camino señalando, siquiera, perfiles básicos de la figura, la doctrina y, eventualmente, la jurisprudencia de algún modo tendrán que

¹⁶ A este silencio legislativo expreso, según nuestra información, hace evidente excepción, por ejemplo, la legislación libanesa, que con fecha 3 de septiembre de 1956 incorporó a su ordenamiento un cuerpo legal que regula sistemáticamente el secreto bancario. Noticias sobre ello consúltense en *Banque* 339 (1975), pp. 447-448, que incluye el texto íntegro de esta ley; además, FABIA, Ch., *L'institution du secret bancaire au Liban*, en *Revue Trimestrielle de droit commercial*, X (1957), pp. 53-71. Huelga decir que son también importantes excepciones la legislación chilena, a partir de 1986, y los casos de Suiza y Estados Unidos, que consignamos *infra*.

buscar soluciones a los casos que sea necesario resolver, tomando vías, las más de las veces, diversas, algunas más rectas, otras zigzagueantes y difusas, lo que enmaraña cualquier intento de estudio.

Por otro lado, según lo que adelantamos ya (vid. *supra*, Introducción, 3), los intereses que giran en torno al secreto bancario son variados, ya provenientes de parte de los clientes (que pretenden ver inalterados sus secretos, exigiendo a los banqueros que los mantengan en su calidad de tales a los ojos de los demás), ya provenientes de la Administración (que, en función de sus cometidos de interés público —dirá—, debe conocer ampliamente la situación financiera de los particulares).

Los defensores de los intereses privados buscarán un fundamento que amplíe la esfera de operatividad del secreto bancario al máximo posible, e insistirán constantemente en su inalterabilidad.

Por el contrario, los que defienden los intereses públicos interpretarán la figura jurídica a su conveniencia, buscando (ante la evidente existencia del secreto bancario, que hoy pocos se atreverán a negar) fundamentos diversos, y en virtud de los cuales, en determinadas ocasiones, se argumentará la necesaria desaparición, derogación o remoción del secreto bancario.

La doctrina ha elaborado argumentos muy diferenciados unos de otros. Así, algunos ponen el acento en el perfil de orden público que tendría el instituto, y otros evidencian su carácter privado, existiendo distintas graduaciones y posiciones intermedias, con el fin de conciliar algunas tesis opuestas.

2. VISIÓN CRÍTICA DE LAS DIFERENTES POSICIONES DOCTRINALES

En las siguientes líneas trataremos de abarcar, en forma crítica, la actual situación de las diferentes fundamentaciones que ha señalado la doctrina.

a) *Tesis que considera el secreto bancario como un secreto profesional*

La doctrina, en diversos países, ha configurado el secreto bancario

como un secreto profesional. Esta teoría ha surgido por la necesidad de buscar un equilibrio entre el interés privado y el público envuelto en la disciplina del secreto bancario, y —en concepto de quienes la comparten— visualiza, así, un atemperamiento de dichos intereses al colocar el secreto bancario en el ámbito del secreto profesional.

Se dice que es imperativo que el secreto bancario sea considerado un secreto profesional, dada la especial relación que se establece con el banquero, caracterizada necesariamente “como un elemento de la confianza recíproca, común a las más clásicas situaciones profesionales garantizadas por el secreto (como la notarial, forense, médica)”¹⁷.

Argumentase, además, que es necesario adecuar la noción de secreto profesional a las nuevas exigencias de una sociedad en continuo desarrollo, y no sólo incluir en ella aquello del profesional *stricto sensu*, sino también aquello relativo al ejercicio profesional de determinada actividad, como —en este caso— la bancaria¹⁸.

Observando el panorama que presenta la doctrina a este respecto podemos ver que quienes han adherido a esta posición lo han hecho, estimamos, movidos por la urgencia de encontrar una sanción a la revelación de secretos de los clientes por los banqueros, e incluyen tal actitud dentro de la prescripción del tipo penal que sanciona la violación de secretos profesionales.

En Francia, la casi totalidad de la doctrina, y aun la jurisprudencia, ha adherido a esta posición, basada en lo dispuesto por el artículo 378 del *Code Pénal*, al establecer que:

“Los médicos, cirujanos y otros encargados de la salud, así como los farmacéuticos, las comadronas y todas las restantes personas depositarias, por estado o profesión o por funciones temporales o permanentes, de secretos que se les confían, los cuales, fuera del caso en el que la Ley les obliga o les autoriza a constituirse en denunciantes, hayan revelado estos secretos, serán castigados...”.

¹⁷ CENTRONE, Cosimo, *Appunti sulla tutela penale del segreto bancario*, en *Archivio Penale*, XXX (1974), 1, p. 25.

¹⁸ CENTRONE (n. 17), p. 26.

Tanto es así que la mayoría de los autores en ese país no habla tanto de *secret bancaire* como de *secret professionnel du banquier*, en lo que a terminología se refiere, hecho que es muy sugerente.

La antigua doctrina francesa dudó, en un principio, de incluir o no la reserva del banquero dentro de esta disposición legal; pero luego, ante el creciente prestigio de la noción que veía en el banquero un confidente necesario¹⁹, se concluyó en la necesidad de la consideración de un secreto del banquero como secreto profesional, noción que ha sido ampliamente confirmada por la jurisprudencia de los tribunales franceses. Concluyente es Cremieux, al señalar que “no es posible sostener, hoy en día, que las funciones de los banqueros son puramente privadas, ni que recurrir a sus servicios es puramente facultativo. La banca se parece a un servicio público al que los jefes de empresas son obligados a recurrir. Por obtener un crédito indispensable para la vida de los negocios, ciertos secretos de empresa son necesariamente confiados a los profesionales de la banca. Ellos deben, por tanto, estar sujetos al secreto profesional”²⁰.

En Italia, muchos autores han seguido una posición similar,

¹⁹ Cfr.: GULPHE, Pierre, *Le secret professionnel du banquier en droit français et en droit comparé*, en *Revue Trimestrielle de droit commercial* (1948), 1, p. 9 ss.

²⁰ CREMIEUX, Marcel, *Le secret des affaires*, en *L'information en droit privé* (París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978), p. 476.

En general, además de lo citado —respecto de la doctrina francesa—, véase: FAHRAT, Raymond, *Le secret bancaire. Etude de droit comparé (France, Suisse, Liban)*. (París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970) [2ª ed.: París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980]; GAVALDA, CH.-STOUFFLET, J., *Le secret bancaire en France*, en *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse* (París, Presses Universitaires de France, 1974), p. 77 ss.; VASSEUR, M.-MARIN, X., *Les Comptes en Banque* (París, Sirey, 1986), 1, p. 41, n. 8; HAMEL, J.; LAGARDE, G. y JAUFRET, A., *Traité de Droit Commercial* (París, Librairie Dalloz, 1966), 5, p. 673, n. 1.583; FLORIOT, René y COMBALDIEN, Raoul, *Le secret professionnel* (París, Flammarion, 1973), pp. 222-228; y, especialmente, el excelente análisis del *status quaestions* que ofrece VASSEUR, M., *Droit et Economie Bancaires, II: Les Operations de banque*³ (París, Les Cours de Droit, 1983), p. 21 ss.

basados en el artículo 622 del *Codice Penale* que, en lo pertinente, señala:

“Quien teniendo noticia, por razones de su estado u oficio, o de la propia profesión o arte, de un secreto, lo revela, sin justa causa, o lo emplea en provecho propio o de otro [...] si del hecho puede derivarse daño...”.

Adhiere a esta doctrina Centrone, con los argumentos ya señalados al comienzo de la exposición de esta tesis (vid., *supra*), agregando que “en conclusión, es preferible esta opinión que encuadra el secreto bancario en el ámbito del secreto profesional, tanto por las consideraciones vistas como por un principio de coherencia al criterio de la necesidad de un equilibrio entre los intereses privados y aquellos públicos”²¹. Por otro lado —en la misma línea—, Crespi aporta argumentos similares, y aboga, con tal de dar cabida al secreto bancario dentro del precepto legal señalado, por una noción más amplia del secreto profesional, considerándolo, en general, como “el secreto inherente al ejercicio profesional de determinada actividad”²².

En España se ha señalado por algunos, de igual modo, que el secreto bancario es una modalidad del secreto profesional, aceptando para la voz profesional “el significado más amplio o extenso, que comprende la profesión en sentido estricto, el oficio o empleo, y el arte cuando la relación, en la que se genera o se produce el secreto, se estima necesaria o cuasinecesaria”²³.

²¹ CENTRONE (n. 17), p. 27. También piensan que el secreto bancario se encuentra dentro de la categoría genérica del secreto profesional NUVOLONE, P., *Il segreto bancario nella prospettiva penale*, en *Banca, borsa e titoli di credito* (1983), 2, p. 433; PETRONE, M., *Tutele penale del segreto bancario e limiti processuali*, en *Cassazione Penale. Massimario* (1980), p. 273.

²² CRESPI, A., *Ancora sulla tutela del segreto bancario nel processo civile*, en *Rivista di Diritto Civile* (1956), I, pp. 288-292; El mismo, *Segreto bancario e poteri istruttori del giudice civile*, en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, XXIV (1961), 2, pp. 406-410; El mismo, *Diatriba breve sul segreto bancario: nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale (e della responsabilità civile)*, en *Banca, borsa e titoli di credito* (1966), 2, pp. 602-607.

²³ IGLESIAS CUBRIA, M., *El derecho a la intimidad* (Oviedo, Universidad de Oviedo, 1970), pp. 78 y 91.

Esta misma posición comparte, en Bélgica, Fredericq, quien, sin ningún análisis previo, califica al secreto bancario como secreto profesional, dedicándose derechamente al estudio de la responsabilidad civil del banquero en caso de revelación²⁴.

En fin, comparten la misma posición, en México, Bauche Garcíadiego, por una parte, y Rodríguez Rodríguez, por otra, ambos sobre la base del artículo 105 de la Ley de Instituciones de Crédito de tal país²⁵; en Colombia, de igual modo, De la Espriella Ossio, a base de una disposición penal similar a las citadas anteriormente²⁶; incluso, respecto del derecho suizo, sin mayores análisis, Jagmetti afirma que el banquero en ese país tiene la obligación de mantener el "secreto profesional"²⁷; en fin, opinan del mismo modo, entre otros, Puelma Accorsi²⁸ y Villegas²⁹.

No obstante la amplia aceptación de esta tesis por la doctrina y la jurisprudencia de algunos países, sobre todo en Francia, y, en general, sin perjuicio de las variadas argumentaciones de orden práctico que se traen a colación para justificar tal posición, pensamos que en el plano dogmático es posible efectuar importantes objeciones a esta construcción doctrinal.

En primer lugar, el concepto de profesión que integra la expresión "secreto profesional" (y al que se refieren siempre las prescripciones de orden penal) se debe comprender como todo lo relativo a una actividad en la cual el individuo asume un relieve autónomo, sin confundirse en una compleja organización de forma

²⁴ FREDERICQ, L., *Traité de Droit Commercial Belge* (Gand, E. Fecheyr, 1952), pp. 148-155.

²⁵ BAUCHE GARCÍADIEGO, M., *Operaciones bancarias, activas, pasivas y complementarias*² (México, Ed. Porrúa, 1974), p. 358; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J., *Derecho Bancario* (México, Ed. Porrúa, 1978), pp. 57 y ss.

²⁶ DE LA ESPRIELLA OSSIO, Alfonso, *El secreto bancario. Historia de la Banca en Colombia* (Bogotá, Ed. Temis, 1979), p. 93.

²⁷ JAGMETI, Marco, *Il segreto bancario in Svizzera (con risguardo anche all'esecuzione e al fallimento)*, en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, XLIV (1969), 1, pp. 400-411.

²⁸ PUELMA ACCORSI, Alvaro, *Estudio jurídico sobre operaciones bancarias* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1971), p. 38.

²⁹ VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Manual de derecho bancario* (Santiago, Ediar-Conosur, 1987), p. 38.

impersonal, como es un banco, relación ésta que, como se ha puesto de relieve, excluye la posibilidad de configurar la relación de confianza personal entre banquero y cliente³⁰.

En segundo lugar, la posible ampliación del concepto de profesión por obra del desarrollo social, como pretende Centrone (vid., *supra*), conlleva a una conclusión que hace dudar de la correspondencia del principio de la estricta legalidad con la aplicación eventual de una norma penal que no es explícita respecto al banquero, ya que éste es un principio de interés prevalente, por la relevancia y la delicadeza del interés que protege³¹.

Por otro lado, es obvio que cuando la argumentación se basa en la aplicación de un precepto penal, no debe olvidarse que éstos sólo pueden aplicarse respecto de personas físicas y no jurídicas, como un banco. Por la compleja organización de las entidades bancarias se haría muy difícil individualizar al dependiente responsable y, en último caso, generalmente la operatividad de las normas penales relativas a violación de secretos profesionales excluye las hipótesis de violación por culpa, contemplando los mismos delitos punibles a título de dolo.

Argumentaciones como las señaladas —se concluye— revelan, en consecuencia, la insuficiencia de las normas penales (como la italiana) para prestar una idónea tutela en todo caso en que se verifique violación del secreto bancario³².

Finalmente, la tesis expuesta, además de los serios problemas que presenta su factura, no es útil en los países cuya legislación no contemple preceptos penales claros que permitan incluir al banquero como sujeto al secreto profesional (caso en que debe situarse el ordenamiento jurídico chileno y también, por ejemplo, el español), a lo que hace excepción el caso francés, donde, por lo meramente enunciativo de su texto penal, es posible —como lo han hecho la doctrina y la jurisprudencia de ese país— basar toda la responsabilidad del banquero ante cualquier revelación ilícita.

³⁰ DI AMATO (n. 13), p. 118.

³¹ MAZZACUVA, M., *L'obbligo al segreto bancario e la sua rilevanza in sede penale*, en *Banca, borsa e titoli di credito* (1975), 2, p. 147.

³² SECCHI TARUGI, L., *In tema del segreto bancario*, en *Il Foro Italiano* (1975), I, 1, c. 1458.

Es por ello que la doctrina, con frecuencia, ha buscado otros derroteros.

b) *Tesis que fundamenta el secreto bancario en el uso*

Un grupo importante de autores, movidos por la consideración de que la observancia del secreto ha representado una constante de la actividad bancaria, ha individualizado su fundamento “en un uso tradicional y universalmente observado por la banca de mantener reserva sobre los negocios del cliente y, en general, sobre sus relaciones con el público”³³. Al revisar, se dice, los estatutos de los bancos, que contemplan desde hace siglos el respeto de la reserva, se ha señalado que es probable que estas cláusulas estatutarias se hayan originado en el uso que obliga a la banca al secreto, el cual, por tanto, ha terminado por ser habitual y ha conquistado carácter de costumbre jurídica, en cuanto aparece como el fruto de la efectiva observancia de una norma tácitamente puesta por la voluntad colectiva³⁴.

Esta posición ha tenido aceptación en parte de la doctrina italiana; e incluso la afirmación de que la fuente del secreto bancario es la costumbre ha tenido acogimiento de la *Corte di Cassazione* italiana, lo que, según alguna doctrina, constituye un punto firme del cual debe partir la indagación sucesiva³⁵.

³³ MOLLE, G., *I contratti bancari* (Milán, Giuffrè Editore, 1966), p. 65.

³⁴ MOLLE, G., *I contratti* (n. 33), p. 66.

³⁵ PORZIO, Mario, *Il fondamento normativo del segreto bancario*, en *Banca, borsa e titoli di credito* (1982), 1, p. 1024.

El fallo de la Corte italiana, de 18 de julio de 1974, que ha sido calificado por SALANITRO como un gran *arrêt*, puede consultarse en *Banca, borsa e titoli di credito* (1974), 2, p. 385 ss., con nota de MOLLE, G., *In tema de segreto bancario*, *ibid.*, pp. 386 y ss., y nota posterior de MAZZACUVA, *L'obbligo al segreto bancario* (n. 31), pp. 143-152. También fue publicado en *Il Foro Italiano*, XCVIII (1975), 2, 1, c. 1451 ss., con nota de SECCHI TARUGI, *In tema di segreto bancario* (n. 32), c. 1452 ss.; y en: *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, LXXIII, 1-2 (1975), pp. 39-54, con una pequeña nota bibliográfica. Todos los comentaristas adhieren a la doctrina del fallo, mas debe notarse, como lo hemos subrayado, que él se refiere a la fuente del secreto bancario y no a su fundamento. Es muy importante el comentario de MOLLE, pues había

La argumentación continúa, de acuerdo a los principales exponentes de esta tesis³⁶, de tal modo que la obligación al secreto pasa a ser parte integrante de la relación banca-cliente por vía de integración, *ex* artículo 1374 del *Codice Civile*, al tenor del cual “el contrato obliga a las partes no sólo a cuanto en el mismo se expresa, sino también a todas las consecuencias que se derivan según la ley, o, en su caso, según el uso y la equidad”.

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

La violación de tal regla de conducta, mediante revelación de datos o noticias inherentes al cliente y que debieran permanecer reservados, se encontraría sancionada en vía principal y directa por el artículo 2043 del *Codice Civile* italiano³⁷. Mas, de acuerdo a los defensores de esta tesis, debe distinguirse la hipótesis de violación de secretos atinentes a la relación contractual, con responsabilidad contractual de la banca, de aquella divulgación de noticias reservadas, confiadas a la banca durante la formación del contrato, aun inconcluso en que se configurara una responsabilidad extracontractual³⁸.

patrocinado él mismo a una de las partes en esta causa que, como sabemos, fue el primer fallo italiano que reconoció la existencia de la institución. Véase de MOLLE, además *I contratti* (n. 33), sobre el tema, pp. 61-70.

A este respecto, justo es recordar que esta misma doctrina siguió la Corte Suprema chilena, en 1981, antes de la consagración legal del secreto bancario (1986), señalando que el secreto bancario estaba sancionado por la costumbre comercial. Véase *infra* el análisis de esta jurisprudencia.

³⁶ MOLLE, *I contratti* (n. 33), p. 66; SANTINI, G., *Note sul segreto bancario*, en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, III (1949), pp. 657-664. Este último trabajo es considerado un clásico, pues constituye seguramente el primer aporte italiano al tema del secreto bancario; desde ese año hasta ahora hay una diferencia notable, pues hoy en día podemos hablar de que en Italia hay una bibliografía abrumadora sobre el tema casi inmanejable.

³⁷ SANTINI (n. 36), p. 659.

³⁸ SANTINI (n. 36), p. 659; MOLLE, *I contratti* (n. 33), p. 66; SECCHI TARUGI (n. 32), c. 1.458.

En España, Garrigues³⁹ ha propugnado, en términos similares, una teoría que encuentra el fundamento del secreto bancario en su categoría de uso mercantil interpretativo. El fundamento del uso bancario sobre la reserva debe buscarse en la naturaleza del contrato bancario como una relación de confianza, para lo cual, según él, da base el derecho positivo. Señala que el contrato bancario debe interpretarse y ejecutarse, de acuerdo con el artículo 57 del Código de Comercio, según la buena fe; y, por su parte, el artículo 1258 del Código Civil señala que el contrato obliga no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las demás consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Así, concluye Garrigues, “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”⁴⁰.

En general, esta tesis que fundamenta el secreto bancario en el uso o costumbre no ha estado exenta de críticas. Así, combatiendo esta tesis, se ha observado que al confinar el secreto bancario en el ámbito del derecho privado no se sigue “la evolución del uso y de las exigencias sociales”⁴¹. Se agrega que la naturaleza privada propuesta no rinde justicia a los mismos intereses privados de los clientes; concluyendo que se impone “la necesidad de abandonar el terreno privado, por la insuficiencia del criterio señalado, y fundar sobre un plano público la obligación jurídica del secreto bancario”⁴².

Por otra parte, es criticada también esta tesis, ya que debe considerarse que el recurso a la costumbre para afirmar la existencia de una norma con caracteres de juridicidad en tanto es consentida y en cuanto no sea posible encontrarla en el ordenamiento

³⁹ GARRIGUES, Joaquín, *La operación bancaria y el contrato bancario* (parágrafo sobre “el secreto bancario”), en *Revista de Derecho Mercantil*, 66 (1957), p. 271 ss.; asimismo, EL MISMO, *Contratos Bancarios* (Madrid, s/editor, 1958), p. 49 ss.

⁴⁰ GARRIGUES, *Contratos Bancarios* (n. 39), p. 52.

⁴¹ CENTRONE (n. 17), p. 21.

⁴² CENTRONE (n. 17), p. 22.

positivo, no es técnicamente correcto, ya que la costumbre, en el sistema actual de las fuentes del derecho, se encuentra en posición subordinada respecto de la ley que es el modo consciente y formal de producción del derecho⁴³. Tal subordinación implicaría un principio de absoluta preferencia de la ley respecto de la costumbre, y cuyo ámbito de aplicación dependería, entonces, del área no ocupada por las fuentes escritas. Por tanto, el recurso al uso resultaría insostenible frente a las leyes que contemplan cláusulas generales, las que, de hecho, estarían dotadas de un real contenido normativo.

Así, muy ligado al argumento anterior, afirma Mazzarella que la doctrina que individualiza el fundamento del secreto bancario en el uso no podría estar expuesta a crítica porque la individualización de parte de otra doctrina de un fundamento normativo determina la automática superación de la doctrina misma⁴⁴.

Por su parte, en España, esta doctrina ha recibido importantes críticas. Jiménez de Parga estima que en el razonamiento se están involucrando dos cuestiones de índoles distintas: por un lado, el fundamento, y, por otro, la interpretación y ejecución de la obligación que constituye el secreto bancario, y concluye que es posible admitir “que la interpretación y ejecución de la obligación se haga de acuerdo con criterios de buena fe, pero el fundamento de la obligación no debe ser, por ello, un uso”⁴⁵. Es razonable a este respecto lo señalado por Cazorla en cuanto a que esta teoría podría ser válida dentro de los sistemas jurídicos que no han consagrado legalmente el secreto bancario, no obstante lo cual se exige en el marco de sus relaciones bancarias; “de forma contraria, en donde exista ya configuración positiva del secreto, esa doctrina se verá obligada a dejar paso a otras en las que se acoja la realidad de la formulación legal del mismo”⁴⁶.

Es importante también recalcar una grave insuficiencia de esta tesis, ya que, por su propia formulación, no se preocupa de

⁴³ DI AMATO (n. 13), p. 132.

⁴⁴ MAZZARELLA, Salvatore, *A proposito c.d. abbligo del segreto bancario*, en *Giurisprudenza Italiana*, I, (1968), 2, col. 568.

⁴⁵ JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael, *El secreto bancario en el Derecho español*, en *Revista de Derecho Mercantil*, XLVI, 113 (1969), p. 398.

⁴⁶ CAZORLA (n. 13), p. 62.

precisar el objeto o el límite del comportamiento impuesto por el uso. No señala la esfera normativa de eficacia ni su límite de aplicación.

Por último, creemos que no es correcto recurrir al uso para fundamentar el secreto bancario, ya que ello significa confundirlo con su naturaleza jurídica, y ambas son cuestiones diferentes⁴⁷. La naturaleza jurídica de la institución tiene relación con su forma de manifestarse ante la vida jurídica, con el problema de las fuentes, y, como tal, su fuente podrá ser legal, consuetudinaria, o, incluso, contractual. Pero, por otra parte (vid., *supra*), debe tenerse presente que justificar el secreto bancario significa buscar el fundamento de la obligación de guardar los secretos de los clientes por parte de los bancos; dónde se origina y el porqué de esta obligación. En este sentido, por lo demás, debemos interpretar la correcta doctrina de la *Corte de Cassazione*, la cual se ha referido —sin confundir cuestiones— a la fuente del secreto bancario, y no a su fundamento, como lo confunde la doctrina⁴⁸.

c) *Tesis que fundamenta el secreto bancario en la voluntad de las partes*

Existe una opinión que, en ausencia de un fundamento normativo (ya sea porque no está consagrado por la ley, o ya sea porque no reconoce en el uso su consagración), afirma que el secreto bancario tendrá carácter convencional.

⁴⁷ Esta confusión impera aún hoy en día en alguna doctrina, confundiendo las fuentes del secreto bancario con su fundamento. Vid. NOGUE-ROLES PEIRO, Nicolás, *La intimidad económica en la doctrina del Tribunal Constitucional*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 56 (1986), p. 581, para quien “sigue abierta la discusión sobre si el fundamento es el uso, un deber contractual o, en definitiva, es un fundamento legal”, señalando, así, como fundamento lo que en realidad corresponde a un problema de fuentes.

⁴⁸ Y así, hasta hoy, en Italia la legislación frecuentemente se sigue refiriendo al secreto bancario, el que, ya es claro, ha sido consagrado por el uso, esa ha sido su fuente, reconocida así por la propia jurisprudencia de ese país (vid. n. 35). Cfr. en este sentido, por ejemplo, a: PATERNITI, Carlo, *Conferme e parziali novità in tema di segreto bancario*, en: *L'Indice Penale* (1983), 1, p. 20.

Siendo extraño a la práctica normal de los bancos el hábito de explicitar en los contratos con la clientela el apego de la banca al secreto, se ha planteado que las convenciones que ligan al cliente y a la banca incluyan una cláusula implícita que vincula al banco mismo a observar la discreción sobre los datos del cliente y sobre sus operaciones.

La doctrina en examen afirma, en particular, que dentro de la obligación principal, descrita en cada contrato, se incluya una obligación accesoria de mantener el secreto, de parte de la banca, en cuanto a los antecedentes inherentes a la operación completa.

Esta tesis ha sido propugnada especialmente en Alemania en la búsqueda de argumentos a favor de la vigencia del secreto bancario, ya que la legislación de aquel país guarda silencio, y este instituto es allí —como en otros países— una elaboración de la doctrina y la jurisprudencia.

Así, Sichtermann ha observado que un argumento a favor del secreto bancario, como concepto jurídico, es el contrato bancario, de derecho privado, el cual implica el secreto como un deber accesorio⁴⁹. La relación jurídica que conlleva el contrato es una relación de confianza, de lo que surge que “la obligación de la banca al mantenimiento del secreto constituye una necesaria manifestación accesoria”⁵⁰. La lesión de la obligación contractual al secreto comportaría, entonces, el resarcimiento del daño de parte del banquero que lo haya violado. Además, el secreto debe ser respetado, incluso sobre el contenido de la relación contractual desarrollada entre la banca y el cliente, sobre la base del principio de la culpa *in contrahendo*⁵¹.

Del mismo modo piensa Scheer, quien también concibe el secreto bancario como un deber accesorio del contrato bancario, sobre la base de la voluntad del cliente manifestada explí-

⁴⁹ SICHTERMANN, S., citado por BÄRMANN, *Le secret bancaire en Allemagne Fédérale*, en *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse* (n. 20), pp. 18 y 25.

Una exposición más amplia de las tesis de este autor, y de la doctrina alemana, en general, proporciona MORERA, Renzo, *Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali germanici in tema di segreto bancario*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, XXVIII (1965), 1, pp. 275-282.

⁵⁰ SICHTERMANN, cit. por MORERA (n. 49), p. 280.

⁵¹ SICHTERMANN, cit. por MORERA (n. 49), p. 281.

cita o implícitamente, ya 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 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, agregando que se trataría de una “obligación que le incumbe al banquero, ya que él está obligado no solamente por todo lo que ha prometido expresamente en el contrato con su cliente, sino obligado además a comportarse —en virtud de lo dispuesto por el Código Civil y el Código de Comercio— del modo como debe comportarse todo buen banquero según la costumbre y la buena fe”⁵².

No debe considerarse alejado de este pensamiento el parecer de Garrigues [vid., *supra*, letra b)], quien —en definitiva— acude también a la base contractual para interpretar que en los contratos, aun en forma implícita, estaría integrado un uso tradicionalmente respetado, como el secreto de las operaciones de los clientes⁵³.

En Inglaterra, por un antiguo precedente, se ha establecido el secreto bancario como una obligación contenida en el contrato por una cláusula implícita, situación que configura una *confidential relationship* existente entre bancos y clientes. Esto quedó establecido por la judicatura inglesa a partir del famoso caso *Tournier vs. National Provincial Bank*⁵⁴.

Frente a esta tesis, se ha observado —con razón— que la sola responsabilidad contractual es bien poca garantía para el cliente respecto a la importancia de la noticia que le ha confiado a la

⁵² SCHEER, J., citado por JIMÉNEZ DE PARGA (n. 45), pp. 393 y 394. En esta línea, ratifican los antecedentes señalados sobre este autor: GARRIGUES, *La operación bancaria* (n. 39), p. 273; MORERA (n. 49), p. 275, y CENTRONE (n. 17), p. 22.

⁵³ Ver: GARRIGUES (n. 39). Asimismo, véase nota 36, respecto de Santini, quien piensa de igual forma.

⁵⁴ CHORLEY, M. A., *Law of banking* (London, Sir Isaac Pitman and sons Ltd., 1967), pp. 15-19; MONTGOMERIE, John B. A., *Stevens elements of mercantile law*, London, Sir Isaac Pitman and sons Ltd., 1960, p. 169.

banca⁵⁵, lo que evidencia la necesidad de encontrar argumentaciones *ius* publicísticas, que, en consecuencia, redundarán en una protección vinculante para el secreto que los clientes depositan en los bancos.

Por otro lado, no aparece convincente esta tesis que fundamenta el secreto bancario en la voluntad de las partes, sobre todo por el aparente subterfugio del acuerdo implícito, ya que, como bien observa Jiménez de Parga, “en definitiva, se está, con este modo de proceder, eludiendo el problema capital, cual es determinar concretamente el punto de apoyo de la conducta que se le exige al banco de guardar silencio o secreto”⁵⁶. Como observamos antes [vid., *supra*, letra b), *in fine*], se está confundiendo este problema de fundamento con uno muy distinto: de las fuentes o de la naturaleza jurídica de las obligaciones.

d) *Tesis que fundamenta el secreto bancario en la correcta ejecución del contrato y en la buena fe*

Estimando insuficientes las demás doctrinas, se ha creído encontrar el fundamento del secreto bancario en el deber de corrección y de buena fe que los contratantes deben respetar durante la ejecución de los contratos.

Di Amato, principal exponente de este planteamiento, ha aportado importantes argumentos en su elaboración doctrinal⁵⁷. Se ha creído preliminar la individualización del interés directamente protegido por el instituto, estimando, sin dudar, como tal, el interés del cliente a las reservas de sus propios negocios. El secreto —se dice— constituye “un instrumento previsto por el ordenamiento para impedir injerencias externas limitativas de la libertad del titular”⁵⁸.

⁵⁵ CENTRONE (n. 17), p. 22.

⁵⁶ JIMÉNEZ DE PARGA (n. 45), p. 397.

⁵⁷ DI AMATO (n. 13), p. 139 ss. Sobre este excelente libro, indudablemente uno de los mejores aportes italianos al fundamento jurídico del secreto bancario, véase: BERTONI, Raffaele, *Il segreto bancario: un recente libro e un tema di attualità*, en: *Cassazione Penale. Massimario* (1980), pp. 1665-1666; y KROGH, Massimo, *Uno studio su un tema di grande attualità: il segreto bancario*, en: *Giurisprudenza di merito* (1980), pp. 745-746.

⁵⁸ DI AMATO (n. 13), p. 139.

En tal sentido —se ha añadido—, el secreto bancario contribuye, en particular, a realizar “el derecho del individuo a ser el árbitro, salvo eventual obligación de la ley, de establecer si divulga, comunica o entrega noticias a terceros, resguardando su propia esfera patrimonial”⁵⁹.

De este modo —por lo demás la doctrina es unánime a este efecto— el secreto aparecería como un instrumento de tutela de la esfera jurídica del cliente de la banca, ante lo cual ésta se encontrará, obviamente, limitada.

Esta doctrina cree encontrar esta limitación tras la fuente contractual de la relación banco-cliente, en lo que denomina el deber de corrección (*correttezza*) y de buena fe (*buona fede*), con base normativa en los artículos 1175 y 1375 del *Codice Civile*, disposiciones legales que se refieren a tales deberes de los cocontratantes⁶⁰.

De acuerdo a esta concepción, la obligación de la banca al secreto, por tanto, “debe ser considerada como una especificación y un aspecto de aquella obligación de *correttezza*, en cuanto límite a la autonomía individual en que los contratantes deben procurar en forma diligente conservar íntegra la esfera jurídica de la otra parte”⁶¹.

Así concebido, el secreto bancario constituye un real instrumento de tutela de las reservas del cliente de la banca, en orden a la propia actividad patrimonial; y, de otra parte, confirma lo señalado por esta tesis el hecho de que así como el contrato entre la banca y el cliente pone a la banca en condición de conocer noticias precisas acerca de un sector delicado de la esfera privada del cliente, como el económico, la consecuencia sobre el plano jurídico no puede ser más que una: el deber de corrección obliga a la banca al secreto sobre la noticia enseñada por el cliente, deber

⁵⁹ KOSTORIS, Sergio, *Il “segreto” come oggetto della tutela penale* (Padua, Cedam, 1964), p. 18.

⁶⁰ Tales disposiciones legales rezan:

Art. 1175: *Comportamiento según la corrección*. El deudor y el acreedor deben comportarse según la regla de la corrección, en relación al principio de la solidaridad corporativa.

Art. 1375: *Ejecución de buena fe*. El contrato debe ser ejecutado conforme a la buena fe.

⁶¹ DI AMATO (n. 13), p. 155.

que emanaría de lo que Ragusa Maggiore ha calificado como “norma primaria de *corretezza*, ínsita en toda la contratación bancaria”⁶².

En Chile, también se ha fundamentado el secreto bancario en la buena fe o en la confianza, por Pinto, por un lado, y por Morand por otro, aun cuando argumentando —más que nada— a base de elementos pragmáticos⁶³.

Es justo reconocer que la construcción —sobre todo el planteamiento de Di Amato— es una solución original, de tal modo que ha hecho afirmar a Bertoni que en esta tesis “el problema del fundamento del secreto bancario está resuelto de un modo que no puede ser más convincente, por el rigor de la argumentación y de la reconstrucción normativa”⁶⁴; por otro lado, estimamos también correctas las afirmaciones iniciales acerca del derecho a la reserva como parte integrante de la esfera jurídica del cliente. No obstante, pensamos, en esta tesis es posible observar la misma insuficiencia señalada por Centrone respecto de otras, en cuanto a que debe abandonarse en la búsqueda del fundamento del secreto bancario el solo terreno privado⁶⁵, lo que estimamos razonable, ante la evidencia de que el secreto bancario, por su importancia y consagración social, está teñido de elementos de orden público. Por tanto, debe reconducirse el secreto a esta esfera de lo público, adonde, conjugando sus elementos privados, encontrará verdaderos puntos de apoyo.

⁶² RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe, *Limiti del diritto del correntista bancario alla visione integrale dell'assegno da lui emesso*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, XXXIV (1971), 2, p. 556, quien es también partidario de esta tesis.

⁶³ PINTO LAVÍN, Juan, *El secreto bancario* (Santiago de Chile, Distribuidora Universitaria Chilena Limitada, 1980), p. 8. MORAND VALDIVIESO, Luis, *El secreto bancario*, en *Aspectos legales del sector financiero* (Santiago de Chile, Instituto de Estudios Bancarios Guillermo Subercaseaux, 1981), p. 161.

⁶⁴ BERTONI, Raffaele, *Il segreto bancario: un recente libro e un tema di attualità*, en *Cassazione Penale. Massimario* (1980), p. 1666 (se trata de una recensión al libro de DI AMATO que venimos citando).

⁶⁵ CENTRONE (n. 17), p. 22.

e) *Tesis que fundamenta el secreto bancario en la protección a la actividad bancaria*

Uno de los motivos por los que el secreto bancario ha sido objeto de particular interés son sus perfiles económicos. Así, muchos autores, junto con buscar un sustento normativo al secreto bancario, han justificado su eventual inclusión en ciertos presupuestos positivos, basados en la tutela que el legislador —a su entender— prestaría a la actividad bancaria.

Previo a cualquier consideración de índole jurídica, desde el solo punto de vista económico, es evidente la vinculación del instituto con el desenvolvimiento del sistema económico, ya que —como lo ha puesto en evidencia Labanca— el secreto bancario “refuerza la confianza de la clientela de las instituciones de crédito y ello, a su turno, 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 facilitare este tipo de seguridades”⁶⁶.

En Italia, Ruta ha defendido esta orientación del fundamento del secreto bancario, como base del establecimiento de su tutela normativa, porque —a su parecer—, “la ‘protección’ legislativa del secreto bancario más que una finalidad de orden privado, responde a una finalidad de orden público de protección del sistema crediticio”⁶⁷, y, “en último término —agrega en otro lugar—, de la economía nacional”⁶⁸. Incluso ha dicho Ruta en otra ocasión que si “en hipótesis, el secreto bancario fuera abolido por vía general, esto comportaría una reducción en el giro de negocios de la hacienda de crédito, una disminución de los depósitos, una masiva exportación de capitales a otros países en los cuales el secreto fuese tutelado, y una disminución de afluencia de capitales en el país, con la ulterior consecuencia de dañar la economía nacional

⁶⁶ LABANCA (n. 11), p. 10.

⁶⁷ RUTA, Guido, *Le secret bancaire en droit italien*, en *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse* (n. 20), p. 120. Este autor ha desarrollado ampliamente sus tesis en excelentes trabajos, que citamos *infra*, en notas posteriores.

⁶⁸ RUTA, Guido, *Il segreto bancario nella realtà giuridica italiana*, en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, I (1982), p. 1041.

y de frustrar la finalidad que el Estado se ha propuesto de tutelar la recogida del ahorro y el ejercicio del crédito”, concluyendo, por estas razones, que el secreto bancario resulta ser un “Instituto esencial para el correcto ejercicio de la actividad bancaria”⁶⁹.

La casi totalidad de la doctrina italiana está de acuerdo con estos planteamientos iniciales, con los que nadie podría disentir razonablemente, ya que Ruta no hace más que mostrar una verdad del ordenamiento económico moderno (vid., nuestra Introducción). No obstante, se producen las disensiones a la hora de entrar al plano jurídico, o, mejor dicho, al plano de las normas positivas. Así, forzados los seguidores de esta tesis a buscar base normativa a estos fundamentos, creen encontrarla —en Italia— en el artículo 10 de la *legge bancaria*, disposición que establece el secreto de oficio a los funcionarios inspectores de la banca, argumentando que, del mismo modo, el banquero estaría sujeto al secreto de oficio⁷⁰.

La crítica, ampliamente difundida en la doctrina italiana, apunta especialmente a la imprecisión de esta norma, que no se refiere directamente al secreto bancario, sino a un instituto diferente, como es el secreto de oficio, que obliga no a los banqueros, sino a quienes los inspeccionan; además, no se podría considerar éste como el fundamento del secreto bancario, sobre todo cuando en otra disposición del mismo cuerpo legal (el art. 78 de la *legge bancaria*) se refiere expresamente, aun cuando en forma meramente colateral, al secreto bancario⁷¹.

⁶⁹ RUTA, Guido, *Lineamenti di legislazione bancaria* (Associazione Bancaria Italiana, Roma, 1965), pp. 263-264. El mismo planteamiento, en términos similares en el mismo, *Il fondamento giuridico del segreto bancario nel sistema della legge bancaria*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, I (1964), pp. 317-318. Cfr., además, ALESSI, Giuseppe, *Legittimità costituzionale della tutela del segreto bancario (art. 77 e 78 legge bancaria)*, en: *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* (1980), I, p. 142.

⁷⁰ RUTA, *Lineamenti* (n. 69), p. 266; El mismo, *Il fondamento* (n. 69), p. 324; El mismo, *Il segreto bancario* (n. 68), p. 1045; El mismo, *Le secret bancaire* (n. 67), p. 120.

En este mismo sentido, también: ALIBRANDI, Luigi, *Rivelazione “per giusta causa” di segreto bancario*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, XXI (1978), p. 1378.

⁷¹ Así, DI AMATO (n. 13), p. 111; CENTRONE (n. 17), p. 23; SECCHI TARUGI (n. 32), c. 1.457; MAZZARELLA (n. 44), p. 567; GIANNATASSIO, Carlo, *Le fonti del segreto bancario e i suoi limiti specie*

Por otra parte, nosotros nos atrevemos a agregar que si bien esta disposición no puede servir de base para fundamentar el secreto bancario ante el derecho italiano, bien puede considerarse una manifestación de la tutela que dicha legislación presta a éste, ya que, al considerarse —por el fundamento que sea— existente dicha institución, significa afirmar que los banqueros están sujetos a él, y si el artículo 10 de la *legge bancaria* exige a los inspectores del banco el mantenimiento del secreto, por vía del secreto de oficio, significa, a su vez, que en dicho ordenamiento se ha creado una especie de circuito cerrado: por razones de interés público los inspectores pueden acceder al secreto, pero, como consecuencia de la tutela que el legislador le presta al secreto bancario, ellos, a su vez, también quedan sujetos al mismo.

En España, esta tesis también ha tenido eco, planteándose por Jiménez de Parga una posición muy similar⁷², al estimar que el fundamento del secreto bancario se encontraría en la obligación jurídica de los bancos de guardar el secreto, basada en un texto legal vigente en España —en 1969—, que cita⁷³. Agrega, luego, que el bien jurídico protegido por la norma que ampara el secreto bancario es el “principio de defensa de la clientela, elemento patrimonial de la empresa bancaria”⁷⁴. A su entender, en definitiva, “no se protege el sólo interés particular; al protegerse a la clientela, que es el presupuesto del funcionamiento del secreto bancario, se protege a la organización económica, de la cual los bancos son pieza vital”⁷⁵.

Esta teoría, aun cuando se basa en supuestos reales, no

nei confronti dell'Autorità Giudiziaria, en *Giurisprudenza Italiana*, I (1954), 2, c. 786; ROSSI, Alessandra, *Riflessi penalistici del segreto bancario*, en *Giurisprudenza Italiana*, LXXXVII (1985), IV, c. 390; MAZZACUVA (n. 31), p. 145; en fin, PATERNITI, Carlo, *Conferme e parziale novità in tema di segreto bancario*, en *L'indice Penale* (1983), p. 21, etc.

⁷² JIMÉNEZ DE PARGA (n. 45), p. 398 ss.

⁷³ JIMÉNEZ DE PARGA (n. 45), p. 399.

⁷⁴ JIMÉNEZ DE PARGA (n. 45), p. 403.

⁷⁵ JIMÉNEZ DE PARGA (n. 45), p. 407. Incluso no muy alejado de esta tesis podríamos también situar a CAZORLA (n. 13), p. 89, quien estima que al revisar el bien jurídico protegido por el secreto bancario “debe hablarse de amparo del capital a través de la reserva”, otorgando, así, al secreto bancario no sólo interés para el cliente, sino también para el banco.

puede tener acogida mientras el ordenamiento jurídico no haya consagrado el sistema crediticio como bien jurídicamente protegido, previa fijación de sus bases fundamentales, entre las cuales debe estar el secreto bancario. Si bien éste tiene en el orden económico la importancia que dicha tesis visualiza, no podría esta realidad —por sí sola— ser el fundamento de su obligatoriedad. De hecho, no es más que un presupuesto en el planteamiento de la tesis con el fin de forzar o generalizar preceptos positivos no del todo claros; esta vía interpretativa deja vacíos que no pueden llenar tales argumentaciones; y, por último, el secreto bancario, a pesar de su existencia indiscutida, quedaría fundado sobre justificaciones poco convincentes.

En Argentina, Malagarriga también ha defendido esta argumentación, aun cuando basado en un texto legal que, al regular el secreto bancario, la señala expresamente como una de sus justificaciones⁷⁶.

f) *Tesis que configura el secreto bancario como manifestación del derecho a la intimidad*

Ante la imposibilidad de encontrar, en muchos casos, un dato normativo específico en qué fundar positivamente el instituto del secreto bancario, o, entre otros casos, para justificar su expresión legal, se ha concebido como un verdadero derecho de la personalidad, en la perspectiva del reconocimiento de un general derecho de cada uno a la intimidad.

El cliente, en cuanto titular de un derecho a la intimidad, tiene el poder de pretender la máxima discreción en torno a los hechos que él ha confiado a la banca⁷⁷, configurándose el secreto

⁷⁶ MALAGARRIGA (n. 10), p. 32.

⁷⁷ Propugnan esta tesis: BÄRMANN (n. 49), p. 19; SCHÖNLE, Herbert, *Le secret bancaire en Suisse*, en *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse* (n. 20), p. 179; MALAGARRIGA (n. 10), pp. 26 y 30 (este autor piensa, entonces, que dos son los fundamentos del secreto bancario: la protección a la actividad bancaria, por un lado, y, por otro, la protección a la intimidad del cliente. Vid., *supra*, letra e), *in fine*), y, en fin, CAZORLA (n. 13), p. 90.

bancario como “una defensa de lo íntimo, aunque sea económico, del ciudadano”⁷⁸.

Esta tesis, a nuestro entender, es —como base— la más satisfactoria de todas, desde el punto de vista de la fundamentación del secreto bancario, y la desarrollamos a continuación.

3. EL FUNDAMENTO DEL SECRETO BANCARIO. DESARROLLO DE UNA HIPÓTESIS

a) Desde un inicio queremos dejar establecido que creemos que la raíz más profunda del secreto bancario se encuentra en el resguardo de la intimidad de los aspectos económicos de cada uno. Esta es, entonces, nuestra hipótesis de trabajo.

Los clientes desde siempre han tenido la conciencia de que los bancos les guardarían, celosos, su intimidad por medio de este secreto o sigilo, sobre todo respetado a través del tiempo, y que les ha dado a estas entidades un papel central en el recogimiento de los antecedentes económicos de los ciudadanos, antecedentes que muchas veces —como lo ha puesto en evidencia Cremieux⁷⁹— es absolutamente necesario e imprescindible para las personas revelar ante los bancos. Así el sigilo de los banqueros se fue convirtiendo —en todos los tiempos y en todos los lugares— en un uso respetado escrupulosamente, en especial por los propios banqueros, quienes —al respecto— han tenido conciencia de ser ésta una de las bases de una normal afluencia de depósitos y de la confianza del público, vitales para su desenvolvimiento.

⁷⁸ Cfr.: CAZORLA (n. 13), p. 90. Una de las más lúcidas defensas de esta fundamentación basada en una práctica ampliamente difundida como es la bancaria suiza, véase en AUBERT, Maurice; KERNEN, Jean Philippe y SCHÖNLE, Herbert, *Le secret bancaire suisse*² (Bern, Editions Staempfli & Cie, S.A., 1982), traducción española: Madrid, Edersa, 1990, citada, para quienes “la institución del secreto bancario (...) no podrá y no merecerá subsistir más que en tanto que medio de protección de las libertades individuales” (p. 534).

⁷⁹ CREMIEUX (n. 20), p. 476. Recuérdese, a este respecto, que la doctrina y jurisprudencia francesas han calificado a los banqueros como “confidentes necesarios”. Vid., GULPHE (n. 19), p. 15; y, más recientemente, VASSEUR (n. 20), p. 21.

La naturaleza jurídica de este sigilo fue convirtiéndose en obligación absoluta para el banco, teniendo en un principio su fuente principal en el contrato o en el uso; uso —este último— que, uniforme y con conciencia de responder a un imperativo jurídico, fue transformando, poco a poco, el secreto bancario en una institución con *status* propio dentro del ordenamiento jurídico.

Ante esta realidad incontestable, muchas legislaciones han roto su silencio, regulándolo —ya en su integridad o parcialmente— o, incluso, reconociendo solamente su existencia a través de menciones colaterales, a todo lo cual ha contribuido grandemente la elaboración de la doctrina y, últimamente, la jurisprudencia⁸⁰.

Todo lo afirmado hasta aquí, en lo que a la doctrina se refiere, deja en evidencia que muchas de las tesis antes expuestas se basan en presupuestos reales, pero que, en definitiva, no logran fundamentar o justificar plenamente la existencia y actual importancia del secreto bancario en las relaciones jurídicas. Así, se confunde con sus fuentes, emparentadas con la naturaleza jurídica de la obligación al secreto (doctrinas del uso o costumbre y contractualistas, vid., *supra* II, 2, b) y c), respectivamente); con sus consecuencias, como el desarrollo y protección que presta al sistema crediticio (doctrina expuesta, *supra*, II, 2, e); con la ejecución de esta obligación del banquero (doctrina de la *corretezza*, *supra*, II, 2, d); o, en la búsqueda de una sanción penal a sus revelaciones, con otras realidades como el secreto profesional, calidad que no ostentan los banqueros (vid. *supra*, II, 2, a).

b) La defensa doctrinal del planteamiento que venimos desarrollando debe partir de una correcta comprensión de lo íntimo y de lo secreto, y de su importancia frente al derecho. Lo íntimo de cada persona es todo aquello que los demás no pueden invadir “ni siquiera con una toma de conocimiento”⁸¹. Así, es perfecta-

⁸⁰ Como se ha dicho, en la mayoría de los países el secreto bancario no tiene consagración legal expresa, a excepción de los casos de Chile, el Líbano y, también, Argentina —de acuerdo con nuestras actuales noticias—, países en donde las legislaciones establecen un sistema legislativo sobre el secreto bancario. Hay otros países donde la legislación sólo da breves noticias de su existencia, como, por ejemplo, en Italia. El caso suizo es especialísimo, y no lo estudiamos aquí.

⁸¹ IGLESIAS (n. 23), p. 21.

mente admisible, en el plano jurídico, afirmar: los demás no tienen derecho a conocer ni violar mi intimidad; y si alguna persona toma conocimiento de una intimidad, surge entonces para ella el deber de secreto; secreto que es protegido no sólo porque forma parte de la intimidad, sino porque ciertas revelaciones de lo íntimo resultan, en la vida en sociedad, absolutamente necesarias. Se ha llegado a considerar que, sin esa protección del secreto, “las personas habrían de ser tan cautelosas, tan excesiva y rigurosamente celosas de su personalidad, que la vida social resultaría una exigencia insoportable”⁸². El concepto de secreto, en definitiva, supone el conocimiento de algo íntimo de otra persona, pero que no es posible comunicar a terceros, ya que eso supondría una violación a su intimidad.

En definitiva, sería íntimo lo que no es lícito entrar a conocer por los demás; y secreto aquello que, siendo conocido, no es lícito comunicar a los demás.

Esta constatación de una esfera de lo íntimo origina una antigua controversia doctrinal acerca de la existencia —dentro del marco del ordenamiento jurídico— de una situación jurídica subjetiva, calificada como derecho a la intimidad o a la privacidad, lo que ha tenido gran desarrollo sobre todo en la doctrina italiana y norteamericana⁸³.

Pero estos derechos son existentes y cada cual percibe de sí mismo una esfera íntima. Junto con estar consagrada la existencia del concepto de derechos subjetivos —concebidos como las facultades, las prerrogativas que se reconocen a todas las personas por el derecho positivo, y de los cuales se goza bajo la protección de los poderes públicos—, se ha considerado como tales a ciertos derechos de la personalidad, los que adquieren tal especificidad cuando tienen por objeto reconocer atributos de la persona humana.

⁸² IGLESIAS (n. 23), p. 23.

⁸³ Respecto a la doctrina italiana, véanse los antecedentes que proporciona DI AMATO (n. 13), p. 120 ss., con amplia cita bibliográfica. Respecto de Norteamérica, véase, en español, DÍAZ MOLINA, Iván M., *El derecho de Privacy*, en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba XXVII* (1963), 1-2-3, p. 69 ss.

Estos derechos de la personalidad, que se los ha llegado a considerar sagrados⁸⁴, han ido aumentando a medida que transcurren los años y se perfeccionan las instituciones jurídicas, ante la complejidad y cambios de la vida moderna. Es así como hoy en día el derecho a la intimidad es incluido por prácticamente toda la doctrina en el cuadro de estos derechos de la personalidad, emplazamiento desconocido para algunos juristas del siglo pasado.

Este derecho a la intimidad “importa el deber de los extraños a 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”⁸⁵, o, como bien ha dicho el Tribunal Supremo español, en sentencia de 8 de marzo de 1974, “intimidad 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 prefiere, un derecho a la personalidad, un derecho innato, individual o un derecho humano”.

La doctrina italiana que reconoce la existencia incondicionada del *diritto a la riservatezza*, lo refiere a “aquel modo de ser de la persona, el cual consiste en la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto se refiere a la persona misma”⁸⁶. En Norteamérica —según la teoría del *right of privacy*—, se dice que 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

⁸⁴ JOSSERAND, Luis, *Derecho Civil* (trad. esp., Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, 1964), 1, p. 109.

⁸⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Curso de Derecho Civil, Parte General* (Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1971), p. 288.

⁸⁶ En la experiencia italiana, la idea de un *diritto alla riservatezza*, mirado como situación jurídica subjetiva, tiene una especial relevancia. Cfr. un importante trabajo de FERRI, Giovanni, *Persona e Privacy*, en: *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, LXXX, 1-2/3-4 (1982), pp. 75-121; y, antes, el texto ya clásico de: DE CUPIS, *I diritto della personalità* (Milán, Giuffrè, 1942). Un excelente desarrollo, frente al secreto bancario, en: DI AMATO (n. 13), p. 121 y siguientes.

aislamiento y a vivir la vida que cada uno aspira a vivir dentro de los moldes normales de la sociedad moderna”⁸⁷.

Contrariamente a lo afirmado por alguna doctrina —en cuanto a que deben dejarse fuera de los derechos de la personalidad aquellos que tengan vocación patrimonial⁸⁸—, la doctrina moderna, aun buscando apoyo en los antiguos, afirma que el aspecto económico o patrimonial forma parte de la intimidad de las personas que resguardan los derechos de la personalidad.

c) En conclusión, no hay reparo alguno en incluir dentro de la intimidad de los ciudadanos todas las noticias o hechos respecto de su patrimonio, como dato puesto necesariamente en conocimiento de los banqueros, intimidad económica o patrimonial que, por aplicación del secreto bancario, éstos no podrán dar a conocer a terceros⁸⁹.

Refuerza nuestra línea de pensamiento el hecho de que la jurisprudencia de numerosos países así lo ha entendido. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos, 1974, ha dicho que la mantención obligatoria de archivos por parte de los bancos (que exige el acta de secreto bancario de tal país) “no puede constituir una invasión del terreno legal ni una violación de la privacidad señalada en la Constitución”⁹⁰. Asimismo, en España, el Tribunal Constitucional, aun reconociendo que no hay consagración explícita y reforzada del secreto bancario, ha dicho que

⁸⁷ DÍAZ MOLINA (n. 83), p. 169.

⁸⁸ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, *Las servidumbres a que obliga la grandeza. La esfera de la intimidad y las personalidades públicas*, en *Revista de Derecho*, Concepción, XXXVI (1968), 144, p. 35.

⁸⁹ Cfr. estos planteamientos, incluso referidos frente al régimen patrimonial de la familia, en: SALVESTRONI, Umberto, *Segreto bancario, diritto alla riservatezza e comunione legale tra coniugi*, en: *Studi Senesi* (1980), pp. 311-319. En España, véase: BATLLE SALES, Georgina, *El derecho a la intimidad privada y su regulación* (Alcoy, Editorial Marfil, 1972), en cuanto al secreto bancario, pp. 114-122.

⁹⁰ Sentencia en el caso “*California Bankers Ass'n v. Schultz*”, citada por: BERNSTEIN, Amy H.; DOUGLAS, James A., *et al.*, *Banking Law Journal Digest* (Boston, New York, Warren, Gorham y Lamont, 1983), § 2.01, p. II-7.

“el secreto bancario no puede tener otro fundamento que el derecho a la intimidad del cliente reconocida en la Constitución”⁹¹.

En Chile, con un texto constitucional similar al español, y un fundamento igual al americano, así también lo ha entendido la Corte Suprema, según lo estudiaremos de su doctrina jurisprudencial, *infra*, en la Tercera Parte de este trabajo.

Con el apoyo de toda la argumentación que precede, fluye nítido el fundamento del secreto bancario: el derecho a la intimidad sobre los datos económicos de los clientes de la banca, derecho que constituye un interés jurídicamente tutelado.

Esta tutela tiene hoy rango constitucional, pues la Constitución, en su artículo 19 N° 5, asegura:

“La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.

En fin, recuérdese que las limitaciones que la ley establezca al ejercicio de esta garantía no la podrán afectar en su esencia, de acuerdo a los términos del artículo 19 N° 26 de la Constitución.

d) A modo de recapitulación queremos dejar dicho, aun cuando sea redundante, lo siguiente:

1° El hombre, por naturaleza, es un ser comunicativo, pero al mismo tiempo necesita de los secretos, lo que debe revelar en determinadas oportunidades. En el aspecto patrimonial, su confidente —necesario— serán los bancos, a quienes revelará constantemente sus intimidades de índole económica.

Ahora, jurídicamente, existen los derechos de la personalidad, dentro de los cuales está el derecho a la intimidad económica de las personas, derecho que el ordenamiento jurídico debe proteger.

Fluye entonces el secreto bancario de estas dos realidades: por un lado, las personas depositan en los bancos sus intimidades

⁹¹ Tribunal Constitucional: Sentencia núm. 110, de 26 de noviembre de 1984, publicada en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 44 (1984), pp. 1421-1429. El Tribunal se refiere al artículo 18.1 de la Constitución española, de 1978. Del mismo modo, se ha señalado un planteamiento similar en auto de 23 de julio de 1986, por la Sección Cuarta de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.

económicas; y, por otro, estas intimidades se encuentran protegidas por el ordenamiento jurídico, debiendo, por tanto, los bancos mantenerlas en reserva.

Así nace, doctrinariamente, el secreto bancario.

2^o En el ordenamiento chileno el secreto bancario encuentra su principal fuente, que le sirve de fundamento, en la Constitución, al consagrar ésta como garantías el respeto y protección a la vida privada y la inviolabilidad de los documentos privados, campo en que están insertas las intimidades económicas del individuo.

Finalmente, el legislador, en vista de que la Constitución considera como bien jurídicamente protegido la intimidad económica del individuo y teniendo en cuenta la existencia inveterada por obra y gracia de la costumbre, como fuente del derecho, del secreto bancario, le dio a éste expresa consagración.

Así nació, legalmente, el secreto bancario.

III. HISTORIA LEGISLATIVA Y ACTUAL CONSAGRACION

Como señalamos al comienzo, hoy la fuente jurídica del secreto bancario es legal, y la norma en virtud de la cual se encuentra consagrado en el ordenamiento jurídico es el artículo 20 de la Ley General de Bancos (introducido en virtud de lo dispuesto en el art. 1^o, letra a), de la Ley 18.576 de 1986)⁹². Pero esto tiene su historia.

1. HISTORIA LEGISLATIVA

a) Sobre secreto bancario hubo un proyecto de ley abortado, en 1981. Durante largo tiempo, olvidado por el legislador, a pesar de su innegable consentimiento por el uso, el secreto bancario casi encontró consagración legal el año 1981 como consecuencia de un proyecto de iniciativa del Ejecutivo (elaborado por el Servicio de

⁹² Antes de su consagración legal, por la vía interpretativa, sus fuentes las encontrábamos en la Constitución y en la costumbre mercantil. Y así fue reconocido por la jurisprudencia: Cfr. *infra*.

Impuestos Internos) que finalmente sería rechazado por el órgano legislador.

Este proyecto de Ley de 1981 sobre reserva bancaria a que aludimos es la reacción del Servicio de Impuestos Internos en contra de una sentencia de la Corte Suprema en el juicio "Banco O'Higgins con Servicio de Impuestos Internos"⁹³. Este fallo reconoció la existencia del secreto bancario y dejó sin efecto ciertas citaciones del Servicio en contra del gerente de tal banco, en que lo conminaba a exhibir antecedentes de un cliente suyo. El proyecto de ley fue tramitado conforme a la Ley 17.983, de 1981, que establece órganos de trabajo de la Junta de Gobierno y fija normas sobre procedimiento legislativo⁹⁴.

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

⁹³ Se trata del caso *Banco O'Higgins*, que analizamos *infra*, detalladamente, en la Tercera Parte de este trabajo.

⁹⁴ Sobre el procedimiento legislativo en esta etapa institucional, véase: MOHOR, Salvador, *Organización y funcionamiento de los órganos de trabajo que intervienen en el proceso legislativo*, en: *Boletín de Derecho Público*, III, 14 (1981), pp. 34-66, y ROGAT VERDUGO, M. del Pilar, *La formación de la ley en la transición* (Memoria de Prueba, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1986). En general, sobre formación de la ley y técnica legislativa, puede verse: VERGARA BLANCO, Alejandro, *Formación de la ley y técnica legislativa*, en: Varios autores (Valparaíso, Ediciones de la Universidad Católica de Valparaíso), en prensas.

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

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

1^o Deja establecido que más que consagrar el secreto bancario, el objetivo determinante del Ejecutivo para proponer este proyecto era esclarecer la situación planteada por la sentencia judicial citada, que afectaba las facultades del S.I.I.

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

3^o Un acápite digno de reproducir de este informe es el siguiente: “Quiérase o no, es evidente que existe una relación entre el fallo de nuestro más Alto Tribunal de Justicia, que acogió un recurso de protección porque se había vulnerado una garantía constitucional por el Servicio de Impuestos Internos al ordenar citaciones, diligencias y obligación de proporcionar antecedentes más allá de los casos de excepción que las leyes le autorizan”. En cuanto a la oportunidad del proyecto y su vinculación con el proceso ya señalado, el informe recuerda lo establecido en el artículo 73 de la Constitución, en cuanto a que el órgano legislativo no puede, en caso alguno, “ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”. En fin, señala enfáticamente el informe: “las razones anteriores parecen suficientes para que no se alteren las reglas del juego en procesos o en materias en actual tramitación, y por ello el proyecto en la forma en que está concebido parece poco oportuno”.

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

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

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

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

La verdad es que, a nuestro juicio, fue un gran acierto de parte del órgano legislativo el rechazo de este proyecto, pues no se trataba sino de una forma encubierta de abrir, en forma ancha, exagerada y de dudosa constitucionalidad, las puertas del secreto bancario ante la administración tributaria⁹⁵, siendo esta última la más interesada en el proyecto.

⁹⁵ El texto que se proponía significaba, en el fondo, la desaparición del secreto bancario ante el Servicio de Impuestos Internos; y, ciertamente, habría sido una burla para el fallo de la Corte Suprema, del caso *Banco O'Higgins* (sobre todo, cuando es tan rara la soltura con que actuó esta vez nuestro máximo Tribunal: vid. Tercera Parte de este trabajo). Los antecedentes legislativos véanse en: Oficio del S.I.I., de 30 de abril de 1981; Mensaje e Informe Técnico, ingreso N° 88-05, de 16 de julio de 1981, a la Secretaría de Legislación; Informe de dicha Secretaría, de 3 de agosto de 1981; e Informe del Presidente de la Primera Comisión Legislativa (Comisión Conjunta), de 22 de septiembre de 1981 (rechazo del proyecto). Es esta una excelente muestra de un trabajo legislativo serio, desde el punto de vista técnico.

b) Varios años después, en 1986, el Ejecutivo, a través del Ministerio de Hacienda, elaboró un proyecto de ley con el objeto de introducir profundas modificaciones a la legislación bancaria y financiera y dentro de la cual, con un nuevo criterio, se incorporaron disposiciones acerca del secreto bancario. Este proyecto fue tramitado, al igual que el anterior, conforme a las disposiciones sobre procedimiento legislativo contempladas en la Ley 17.983, de 1981.

Según se dejó constancia en el Informe Técnico del Ejecutivo que acompañó el proyecto, la única disposición legal vigente a esa fecha que establecía el secreto de las operaciones bancarias era el artículo 1º de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, norma que convenía en todo caso conservar —como se hizo—, tanto por su tradición como porque la cuenta corriente bancaria tiene características diferentes a los demás depósitos y captaciones que reciben los bancos.

Se señaló en forma expresa que el proyecto venía a llenar este vacío legal y que sustancialmente recogía la opinión manifestada por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en la Circular 1.695 de 1980.

Si bien en el proyecto inicial ya se hacía una diferencia entre la reserva de los depósitos o captaciones, que debía ser absoluta según el Ejecutivo, y las demás operaciones, que quedaban sujetas a un menor grado de reserva, la redacción final incluyó en el articulado la referencia (evidentemente más significativa) a la expresión “secreto bancario”. Esta terminología fue introducida, entonces, por las Comisiones Legislativas.

En todo caso, en esta parte el proyecto inicial casi no sufrió variaciones⁹⁶.

⁹⁶ Debe recordarse que el proyecto de la ley en que se incluyó esta consagración del secreto bancario contenía muchas otras modificaciones legales (que cristalizarían en la Ley Nº 18.576, de 1986, como se ha dicho), y fue bastante polémico. Cfr., por ejemplo, BRUNA CONTRERAS, Guillermo, *Informe sobre las inconstitucionalidades de que adolecería el proyecto de ley sobre reformas a la Ley General de Bancos*, de 16 de mayo de 1986 (solicitado por la Asociación de Bancos). A su juicio el proyecto era “insubsanablemente nulo”, como lo señaló la prensa: *El Mercurio*, 12 de junio de 1986, p. B-1.

2. SU ACTUAL CONSAGRACIÓN

a) Por tanto, en lo sustancial, el secreto bancario quedó consagrado, legalmente, en nuestro ordenamiento jurídico. Su consagración *hic et nunc*, se produce así:

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

”Las demás operaciones quedan sujetas a la reserva y los bancos solamente podrán darlas a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar daño patrimonial al cliente. No obstante, con el objeto de evaluar la situación del banco, éste podrá dar acceso al conocimiento detallado de estas operaciones y sus antecedentes a firmas especializadas, las que quedarán sometidas a la reserva establecida en este inciso y siempre que la Superintendencia las apruebe e inscriba en el registro que abrirá para estos efectos⁹⁷.

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

Lo transcrito corresponde a los tres primeros incisos del nuevo artículo 20 de la Ley General de Bancos⁹⁸; el inciso 4^o lo transcribiremos más adelante al analizar el enfrentamiento del secreto bancario con el Derecho procesal.

⁹⁷ Sobre este registro especial véase el artículo 13 bis del Decreto Ley 1.097, de 1975, que transcribimos *infra.*, Segunda Parte, II, 2, b).

⁹⁸ Cfr. un breve pero preciso comentario del significado de este nuevo artículo 20 de la legislación bancaria, en: MORAND, Luis, *Legislación bancaria* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987), pp. 72-74.

b) En virtud de esta disposición, los límites del secreto y reserva bancarios quedan claramente delimitados, como, asimismo, las bases para el funcionamiento de una especie de central de riesgos. Sobre esto último debe relacionarse la disposición con el artículo 13 bis del Decreto Ley 1.097, de 1975. Existe, además, una regla especial en el artículo 1º de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, que será examinado *infra*.

De este modo, por un lado, queda definitivamente claro que el legislador ha prestado su protección a la privacidad de las personas; y, por otro, que también debe defenderse el interés público, sobre todo en cuanto a préstamos y riesgos bancarios. Este es el sistema sobre secreto bancario establecido en Chile⁹⁹.

En todo caso, no podemos olvidar las normas constitucionales, que le dan su fundamento, ni las consuetudinarias, que en aquellos casos no contemplados en la ley ayudarán a fijar sus extremos.

c) Esta nueva legislación responde a una inquietud surgida desde todos los ordenamientos jurídicos que no contaban con un sistema sobre secreto bancario acorde con sus necesidades. Tanto es así que en 1971, en París, y bajo los auspicios de dos Centros de Investigación de la Universidad de París I —el Centro Universitario de Estudios de las Comunidades Europeas y el Centro de Economía Bancaria Internacional— se realizó un Seminario Internacional consagrado al estudio del secreto bancario en la Comunidad Económica Europea y en Suiza, cuyas conclusiones fueron dirigidas a los legisladores europeos¹⁰⁰.

En Chile resultaba patente la necesidad de una consagración legal con el objeto de evitar controversias entre bancos y organismos fiscalizadores; también con el objeto de consagrar definitiva-

⁹⁹ En el seno de las Comisiones legislativas así se rubricaron estas normas: "Establecimiento de un sistema sobre secreto bancario".

¹⁰⁰ Fruto del cual es el valioso texto de las recomendaciones que allí se originaron. Cfr. *Propositions adoptées au colloque sur le secret bancaire*, en: BÄRMANN, J., et al., *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse* (París, Presses Universitaires de France, 1974), pp. 199-201; estas proposiciones pueden leerse, traducidas, en nuestro *El secreto bancario ante el derecho chileno*, en: *Cuadernos Iberoamericanos de Estudios Fiscales* (Madrid, 1988), 8, pp. 393-395, nota 15.

mente la responsabilidad civil y penal del banquero que infrinja el deber de secreto. Todo ello bajo el prisma del respeto a la privacidad económica de los individuos que asegura la Constitución.

IV. SUJETOS DEL SECRETO BANCARIO

Es necesario determinar los sujetos que intervienen en la relación jurídica que envuelve el secreto bancario. Así, el secreto bancario en cada uno de sus puntos de vista tendrá sendos sujetos. Será sujeto activo el titular del derecho a exigir reserva, basado en los textos legales y constitucionales que protegen la intimidad de sus antecedentes económicos. Será sujeto pasivo el obligado a guardar estos secretos.

En caso de intervenir un tercero, la Administración o los Tribunales, la relación jurídica se tornará en compleja, por lo que esta hipótesis será tratada *infra*, al explicar la extensión de la figura y sus posibles “excepciones”.

1. SUJETO ACTIVO

Es muy importante determinar con precisión quiénes detentan la calidad de sujetos activos del secreto bancario, desde cuándo y hasta cuándo, ya que ellos serán los titulares de las acciones destinadas a impedir su quebrantamiento, o, en caso de violación, a exigir una eventual pena o una indemnización.

El sujeto activo de esta obligación de secreto es el *cliente*. Ello fluye además de la propia definición del instituto, pues siempre se trata de resguardar secretos *del cliente*. Ahora, si en general cliente es aquel que utiliza los servicios de otro, en nuestro tema cliente de un banco sería todo aquel que utiliza los servicios que presten las instituciones bancarias.

Entonces, la expresión cliente para los efectos del secreto bancario tendría gran amplitud. No se trata aquí, a nuestro entender, sólo de las personas que en concepto del banco son *sus* clientes, sino de toda persona que entre en contacto con el banco, y

realice alguna revelación, en virtud de operaciones de depósito o captación de cualquier naturaleza¹⁰¹.

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, o realizar con el banco diferentes tipos de operaciones bancarias; y no sólo de depósitos o captaciones, sino también de comercio exterior, de créditos especiales, comisiones de confianza, etc.

En este caso no hay dudas de su calidad de cliente para los efectos de ser sujeto del secreto bancario, sobre todo si ha existido algún depósito o captación de dinero, encontrándonos de lleno en la hipótesis señalada en el artículo 20, inciso 1^o, de la Ley General de Bancos.

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

Es la persona que ha formulado solicitudes a un banco con el objeto, por ejemplo, de convertirse en cuentacorrentista, o de pedir algún crédito. Estos son verdaderos "actos preparatorios" de una eventual relación jurídica permanente con el banco, en virtud de los cuales la persona revelará al banco variados antecedentes sobre su fortuna o proyectos en relación con ella.

En caso de 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. Nos encontramos aquí en la hipótesis de las "demás operaciones" que señala el artículo 20, inciso 2^o, de la Ley General de Bancos.

c) Persona que casualmente, y por una operación aislada,

¹⁰¹ Recuérdense los términos del artículo 20 de la Ley General de Bancos (según modificación de la Ley N^o 18.576, de 1986), el que se refiere expresamente a "titular" de dichas operaciones y a "cliente".

entra en contacto con el banco¹⁰². Creemos que esta persona también queda comprendida en el concepto de cliente para los efectos del secreto bancario, ya que no se necesita para ello habitualidad ni realizar una cantidad determinada de operaciones con el banco. Basta realizar operaciones de “depósito o captación”, según el inciso 1º del citado artículo 20, o cualquier otra “operación”, según el inciso 2º de tal disposición legal, y que sean reveladoras de secretos. Aun cuando sea una y única operación. Ello resulta claro, por lo demás, de los términos de dicho artículo legal.

Por otra parte, y por razones más que obvias, no será cliente quien entra en relaciones con el banco por motivos ajenos al giro: empleados, proveedores de útiles, prestadores de servicios, etc.

Finalmente, en un intento de sintetizar lo anterior, podemos decir que son clientes 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, aun cuando éstas no se efectúen en definitiva. 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 secreto o reserva persiste aún más allá del término de tales operaciones, o más allá de la pérdida de la calidad de cliente, en términos más claros.

2. SUJETO PASIVO

Por la denominación misma del instituto en estudio pareciera fácil y obvio determinar el sujeto pasivo diciendo que se trata de cada banco. Pero, como veremos, no sólo los bancos, como tales, están obligados al *latu sensu* secreto bancario, sino también, por lo que diremos, todos aquellos que se dedican al negocio del dinero.

En Chile, como se verá, hay argumentos legales suficientes para defender la orientación que prima en el derecho comparado

¹⁰² 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 solo cheque”, ya que la duración de la relación no es esencial para constituir a alguien en cliente. Citado por MALAGARRIGA (n. 10), p. 60. Algo similar podría predicarse en Chile, como señalamos *infra* en el texto principal.

en cuanto a que 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, obliga a todo el personal de éstas y no sólo a los que ostentan cargos directivos o de representación sino también a los dependientes o empleados¹⁰³.

Nos referiremos separadamente respecto de cada uno de ellos:

A) *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:

¹⁰³ Así, en Argentina, el artículo 16 de la Ley 18.061 hace extensivo el secreto bancario 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; estando también comprendidas, por un lado, las entidades que sin estar específicamente mencionadas en tal disposición, cumplen idénticas funciones, y, por otro, todos los funcionarios y empleados. Cfr. MALAGARRIGA (n. 10), p. 53.

En México, el artículo 105 de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, que consagra el secreto bancario, señala, en general, como sujetos pasivos, a “las instituciones depositarias”. Cfr. su texto íntegro en: MEJAN, Luis Manuel, *El secreto bancario* (Bogotá, Felaban, 1984), p. 52. No obstante sus términos, la doctrina de tal país ha concluido que cubre a todas las instituciones de crédito, a todas las organizaciones auxiliares y a todos los empleados de ambos: Cfr. BAUCHE (n. 25), p. 361.

En Alemania, la ley bancaria (*Gesetz über das Kreditwesen*) obliga a mantener el secreto a todas las personas que trabajan, en general, en cualquier “instituto de crédito”, entendiéndose por tales todas aquellas empresas que efectúen operaciones bancarias. Cfr. MORERA, Renzo, *Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali germanici in tema di segreto bancario*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (1965), 1, p. 276. El texto de la ley alemana, ver en apéndice a: MORERA, Renzo, *La nuova legge bancaria germanica*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (1962), 1, p. 445. En fin, en Estados Unidos el *Bank Secrecy Act* involucra a todos los bancos y a cualquier otro tipo de instituciones financieras. Cfr. BERNSTEIN, *et al.* (n. 90), p. 2.1, p. II-1.

a) *Bancos comerciales*: Los define el artículo 62 de la Ley General de Bancos (Decreto con Fuerza de Ley (DFL) N° 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”¹⁰⁴.

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° , “el Banco del Estado de Chile es una empresa autónoma del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, 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 2° y 29, en cuya virtud el Banco del Estado queda en una situación jurídica muy similar a las demás entidades bancarias. Según el artículo 2° , “el Banco se regirá preferentemente por las normas de esta Ley Orgánica, y, en lo no previsto en ella, por la legislación aplicable a las empresas bancarias y demás disposiciones que rijan para el sector privado. No le serán aplicables, por tanto, las normas generales o especiales relativas al sector público, salvo que ellas dispongan de modo expreso que han de afectar al Banco 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 rigen para los bancos comerciales”.

¹⁰⁴ En cuanto a los antiguos bancos de fomento, originalmente estaban 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 7° letra a) de la Ley N° 18.022, de 19 de agosto de 1981, disponiendo su artículo 5° que “los bancos de fomento en actual funcionamiento se regirán en adelante por las disposiciones establecidas para los bancos comerciales”.

Así, las operaciones del Banco del Estado, como colocaciones, captaciones e inversiones, son las mismas de los bancos, y se le aplican todas las obligaciones, limitaciones y prohibiciones que rijan para ellos¹⁰⁵.

Todos estos bancos están sometidos a la obligación del secreto bancario: son sujetos pasivos de ella. La razón es de texto y expresa, pues se les obliga por el artículo 20 de la Ley General de Bancos, que se refiere a todos "los bancos"¹⁰⁶.

B) *Sociedades financieras*

Estas instituciones fueron reguladas en nuestra legislación en virtud del artículo 1º, letra q), del Decreto Ley 3.345 de 29 de abril de 1980, que incorporó bajo el título XIV de la Ley General de Bancos sus artículos 110 a 115.

Así, según el artículo 110 de la Ley General 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 (artículo 113 ley citada).

En todo caso, su regulación legal es muy similar a la de los bancos, sobre todo 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...".

Estas sociedades financieras son sujetos pasivos del secreto bancario, ya que al estar regidas por las mismas disposiciones lega-

¹⁰⁵ Cfr., en este sentido: MORAND, *Legislación bancaria* (n. 98), p. 80.

¹⁰⁶ No nos referimos al Banco Central de Chile, que por su autonomía y autoridad monetaria tiene un carácter diverso al de cualquier banco. Véase artículo 98 de la Constitución.

les de los bancos, es plenamente aplicable a su respecto el artículo 20 de la Ley General de Bancos, que les obliga, entonces, al secreto o a la reserva.

C) *Empleados, funcionarios o dependientes*

Están obligadas 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 de la propia obligación legal del banco. Si es una obligación del banco, como institución, mantener este secreto, con mayor razón 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.

Por lo demás, los propios contratos de los empleados bancarios 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"¹⁰⁷.

En definitiva, como lo ha dicho Morand¹⁰⁸, la obligación del secreto o reserva afecta a todo el que, en alguna forma, trabaja en un banco o lo representa, e incluye también a personas que, sin prestar servicios dentro de la empresa, tienen que imponerse de sus operaciones, como ocurre con los auditores externos.

¹⁰⁷ Transcrito de PINTO (n. 63), p. 14.

¹⁰⁸ MORAND, *Legislación bancaria* (n. 98), p. 74.

EL SECRETO BANCARIO
ANTE LA LEGISLACION CHILENA.
UN ENFOQUE INTERDISCIPLINARIO

El secreto bancario es una institución jurídica a cuyo rededor, luego de su reconocimiento legal, se ha establecido todo un sistema, que define su extensión, conjuga intereses contrapuestos, y, en fin, fija sus alcances dentro de los márgenes que autoriza la Constitución.

Enfrentar el secreto bancario con las distintas disciplinas, es producir choques de intereses. La propia Constitución se encarga de reconocerlo implícitamente cuando, luego de señalar que los documentos privados son inviolables (lo que constituye el fundamento del secreto bancario, según hemos dicho *supra*), agrega que ellos pueden “interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y en las formas determinadas por la ley” (art. 19, N° 5). Entonces, es la propia ley la que evitará estas colisiones, ampliando o restringiendo los límites del secreto bancario. Porque, en el fondo, son estos intereses, representados por otras instituciones o derechos que establece la ley, cobijados en diferentes disciplinas jurídicas, los que determinarán los límites del secreto bancario, y será la ley la que, en vista del interés jurídicamente protegido que represente cada cual, señalará si hay levantamiento o no del secreto bancario ante tal o cual derecho o institución.

El estudio de los límites del secreto bancario es asumido por la mayoría de los autores bajo el epígrafe de “excepciones”, como brechas que se abren en su torno¹⁰⁹, reforzando la idea de que él

¹⁰⁹ Cfr.: PALMIERI, Alfonso, *Nuove breccie nel segreto bancario*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1981), I, pp. 77-97, el que ofrece, además, un buen estado de la cuestión en la legislación italiana, a esa fecha.

constituye la regla. Eso no es lo que ocurre en realidad, sino que al encontrarnos en frente a una institución jurídica compleja, como lo es, sin duda, el secreto bancario, ella afecta a casi todos los campos del Derecho¹¹⁰, y hace indispensable, entonces, un estudio interdisciplinario. Hemos considerado necesario efectuar el estudio de los límites de esta institución explicitando la disciplina jurídica que está detrás, con sus normas y principios específicos, ya que ello ayudará más a una correcta interpretación y a verificar la verdadera medida del impacto que el secreto bancario produce en el ordenamiento jurídico.

En todo caso, debemos dejar constancia de que no presumiremos de exhaustivos; por el contrario, nuestro trabajo, meramente expositivo, e inicial, no pretende sentar bases definitivas sobre el sistema del secreto bancario en Chile, sino ser un sencillo análisis sobre algunas aristas de la institución.

I. EL SECRETO BANCARIO FRENTE AL PROCESO

1. ASPECTOS GENERALES

a) Siguiendo la conocida definición de Carnelutti, el derecho procesal es aquel que simplemente regula el proceso, o sea, la operación mediante la cual se obtiene la solución del juicio.

Si enfrentamos la figura del secreto bancario con el derecho comercial o aun con el derecho privado, le otorgaremos entonces al derecho procesal el papel de dar vida al secreto bancario, esto es, permitir que los derechos que consagra tengan un reconocimiento efectivo mediante el ejercicio de la acción. Pero este es sólo un aspecto del enfrentamiento del secreto bancario con el derecho procesal y, diríamos, el más pacífico.

El aspecto que estudiaremos no es éste, sino aquel que se suscita cuando el derecho procesal, a través del proceso, constituya verdaderas excepciones al secreto bancario. Y éstas sean aceptadas por el ordenamiento jurídico.

¹¹⁰ Cfr.: AUBERT, KERNEN, SCHÖNLE (n. 78), p. 534.

b) Nuestro ordenamiento jurídico establece en el inciso 4º del artículo 20 de la Ley General de Bancos, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley 252, de 1960, la siguiente norma procesal, que es básica en esta materia¹¹¹:

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

Es la regla general en esta materia. De su contenido desprendemos que una vez cumplidos los requisitos que la propia disposición señala se produce el levantamiento más absoluto del secreto bancario ante los tribunales de justicia en virtud de una norma procesal.

Esta norma determina “casos y formas” en que pueden interceptarse, abrirse o registrarse documentos privados que de acuerdo con la Constitución, en principio, son inviolables¹¹². Por tanto, este precepto constituye una verdadera excepción, elemento que deberá tenerse presente al momento de efectuar interpretaciones de su contenido.

c) Revisaremos, para mayor claridad, la historia fidedigna de su establecimiento. Como se ha señalado anteriormente, esta norma fue introducida al ordenamiento por la Ley 18.576 de 1986, la que sufrió algunas modificaciones en su tramitación.

Originalmente el proyecto casi no contemplaba límites a esta atribución y su redacción era la siguiente: “*Los tribunales ordinarios de justicia, en las causas que estuviesen conociendo, podrán ordenar la remisión de antecedentes sobre los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquiera naturaleza que hayan efectuado quienes sean parte en el proceso, u ordenar su examen si fuese necesario*”. En otras palabras, la sola existencia de un juicio

¹¹¹ Este artículo 20, del cual forma parte el inciso 4º que transcribimos, como ya está dicho, fue agregado por la Ley 18.576, de 1986, que introdujo modificaciones a la legislación bancaria y financiera.

¹¹² Artículo 19, N° 5º, de la Constitución.

en el que fuese parte un cliente bastaba para levantar el secreto bancario.

Sin embargo, las Comisiones Legislativas cambiaron sustancialmente este predicamento, agregando al texto del proyecto la exigencia de referirse la orden judicial sólo a operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso. El criterio este, que se impuso en definitiva, es el correcto, ya que, como lo apunta Malagarriga, autorizar, sin más, el levantamiento del secreto bancario cada vez que un magistrado solicite un informe importa echar por tierra todo el fundamento de la institución y dejar prácticamente sin efecto alguno la pretendida garantía de reserva.

En efecto, agrega, bastaría con que alguien interesado en conocer determinados datos de la actividad bancaria de un tercero aprovechara una 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 más o menos vinculado con el litigio para que hubiera logrado su aspiración sin sanción ni riesgo alguno¹¹³.

Con el objeto de dar mayor exactitud al precepto, además, se agregaron las expresiones “inculpado” y “reo” en referencia a los juicios penales.

Por último, como apunta la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras:

“De la historia fidedigna del establecimiento de la Ley se desprende que la remisión a la justicia ordinaria y a la militar tuvo por objeto específico negar esta facultad a la justicia arbitral y que, por otra parte, las autoridades que están facultadas por leyes especiales para ordenar que se les proporcionen datos sobre cuentas corrientes no tienen igual facultad para recabar antecedentes sobre los depósitos y captaciones amparados por el secreto bancario en virtud de la nueva disposición”¹¹⁴.

¹¹³ MALAGARRIGA (n. 10), p. 93.

¹¹⁴ Circulares núms. 221 (Bancos) y 644 (Financieras), de 27 de noviembre de 1986, aparecidas el mismo día de publicación de la Ley Nº 18.576 en el *Diario Oficial*. Posteriormente, la Superintendencia, en Circular Nº 30, de 1990, ha concluido que también rige la excepción respecto de los tribunales especiales, lo que analizamos *infra*, en su lugar.

d) Brevemente, las exigencias que es necesario cumplir para que se produzca, en materia procesal, una revelación del secreto bancario serían:

1º La existencia de un juicio, esto es, de una contienda actual entre partes y cuyo conocimiento corresponda a la justicia ordinaria o a la militar (con excepción, por cierto, de los tribunales arbitrales).

2º Los antecedentes bancarios que el juez ordene remitir o examinar deben ser relativos a operaciones específicas y que tengan relación directa con el proceso.

3º Además, dichos antecedentes deben ser sobre los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza que hayan efectuado quienes tengan carácter de parte o inculpado o reo en las causas respectivas. Esto es, dice relación tanto con las operaciones secretas como con las simplemente reservadas, de acuerdo a la clasificación que establece el artículo 20, incisos 1º y 2º, de la Ley de Bancos.

Por lo tanto, si no concurren estos tres requisitos, esto es, si no hay un juicio, o si los antecedentes no son relativos a operaciones específicas, o que no tengan relación directa con el proceso, o si sus titulares no son parte, inculpado o reo en las causas respectivas, sencillamente no se puede producir levantamiento del secreto bancario, y el decreto del juez que así lo ordenare sería sencillamente ilegal.

e) Previo a tratar el secreto bancario en los procedimientos civiles y penales¹¹⁵, se harán algunas puntualizaciones de sumo interés respecto a las partes en un proceso. Debe entonces distinguirse:

1º Pleito entre un banco y un cliente. Este caso está contemplado evidentemente en la excepción y, cumpliéndose los requisitos del inciso 4º del artículo 20 de la Ley General de Bancos, siempre significará la revelación de antecedentes del cliente. Sobre todo en las operaciones de préstamos, cuyo cobro necesaria-

¹¹⁵ Ver un interesante examen sobre diferentes aspectos procedimentales ante el derecho italiano (testimonial; orden de exhibición, ante el Fisco o terceros, en procesos civiles o penales), en: SECCHI TARUGI (n. 32), col. 1459-1463.

mente es público. Esto es obvio y no sólo se encuentran de por medio los intereses del banco, sino del público¹¹⁶.

2º Pleito entre un banco y un tercero. Aunque es difícil de configurarse la hipótesis de que un banco, en un juicio con un tercero o con un cliente, tenga que revelar datos de otro cliente, en todo caso no podrá configurarse jamás un levantamiento del secreto bancario, ya que los intereses particulares en juego no son superiores a los del cliente, garantizados por la Constitución y por la ley que exige que él mismo sea parte, inculpada o reo.

3º Pleito entre terceros. La solución es idéntica a la anterior y aún más indudable.

4º Pleito entre un cliente y un tercero. Teniendo presente la norma procesal estudiada veremos dos casos diferentes a la hipótesis que ella señala:

Primer caso: Estos informes han sido solicitados a través del Tribunal por quien es cliente en un juicio con un tercero y sobre aspectos que no dicen relación directa con el pleito ni sobre operaciones específicas.

Quien solicita esta prueba sobre secretos propios, es obvio que, a la vez, autoriza al banco para revelar sus secretos. ¿Lo está relevando de su obligación de callar? ¿Será esta una "autorización expresa" del cliente como las que señala el artículo 20, inciso 1º, de la Ley General de Bancos? La respuesta tiene directa relación con el origen contractual o legal que se le otorgue a la obligación del banquero y con el bien jurídico protegido por el secreto bancario. Por otro lado, ¿podrá el banco negarse a informar?¹¹⁷. Hay

¹¹⁶ Esta opinión fue sustentada aun antes de su consagración legal por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras; cfr.: Circular N° 1.695, de 23 de julio de 1980.

En el extranjero, incluso la ley libanesa sobre secreto bancario de 3 de septiembre de 1956, siendo tan estricta, acepta expresamente esta excepción "en caso de litigio con el cliente originado por relaciones bancarias" (art. 2º, *in fine*). El texto completo de esta ley puede consultarse en *Banque* 339 (1975), p. 447.

¹¹⁷ GULPHE (n. 19), p. 33, efectúa un prolijo análisis del caso en el Derecho francés, llegando a la conclusión de que "es posible concebir que un banquero no desee, por diferentes razones, tal como un exceso de escrúpulo, revelar el detalle de las operaciones financieras de un litigante a pesar de la demanda expresa de este último".

varios intereses en juego: difícilmente el banco podrá negarse a obedecer un mandato judicial garantizado por un precepto constitucional, aun cuando podrá invocar la Constitución exigiendo se le deje guardar secretos propios; por último, el cliente tiene derecho a revelar o no sus secretos siempre que con ello no perjudique al banquero¹¹⁸.

Creemos que la respuesta correcta es muy cercana a esta última.

Segundo caso: Informes solicitados a través de un Tribunal por quien no es cliente y litiga con éste.

A quien primero le corresponde la defensa del secreto bancario, por defender sus propios intereses, es al cliente y en la misma sede judicial, ya que una vez decretada la remisión de antecedentes o su examen le será muy difícil al banco negarse a cumplir tal resolución judicial¹¹⁹.

En un juicio civil, si el cliente no se ha opuesto a la solicitud de pedir informes hecha por la parte contraria en el pleito, trátase o no de antecedentes sobre operaciones específicas y que tengan relación directa con el proceso, el decreto que así lo ordene no vulnerará ni la ley (art. 20, Ley General de Bancos) ni la Constitución (art. 19, N^o 5), ya que el propio cliente ha levantado tácitamente el secreto bancario.

¹¹⁸ Sobre el derecho del cuentacorrentista, por ejemplo, a conocer todos los antecedentes de su cuenta, ver una interesante jurisprudencia italiana: *Corte d'Appello di Catania*, de 1971, publicada en: *Banca, borsa e titoli di credito*, XXXIV (1971), 2, pp. 553-557, y comentarios de: RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe, *Limiti del diritto del correntista bancario alla visione integrale dell'assegno da lui emesso*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1971), XXXIV, II, pp. 553-557; y de: BROLI, Carlo, *Brevi note sul diritto del correntista bancario alla visione integrale dell'assegno da lui emesso*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1972), XXXV, II, pp. 425-430.

¹¹⁹ Recuérdense la facultad de hacer ejecutar lo juzgado que les otorga la Constitución (art. 73) a los Tribunales de Justicia. Cfr., además, los criterios que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras ha fijado en la Circular N^o 110, de 1987, en unos términos tan amplios que podría pensarse han ido más allá de lo que permite una estricta interpretación del artículo 20 de la Ley de Bancos.

En el caso contrario, si el cliente se opone a la producción de dicha prueba por estar fuera de los casos que autoriza la norma procesal (inc. 4º, art. 20, Ley General de Bancos), el juez no podrá decretar la remisión ni el examen de esos antecedentes ya que están fuera de los “casos y formas” que autoriza la Constitución.

2. REGLAS DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Frente a la justicia civil el levantamiento del secreto bancario podría producirse por la vía de algunas de estas reglas:

a) *Exhibición de documentos*¹²⁰

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 no revistan el carácter de secretos o confidenciales”.

Nos parece que la norma recién transcrita es *lex generalis* respecto de la norma procesal del inciso 4º del artículo 20 de la

¹²⁰ Sobre el amplísimo tema de la exhibición de documentos, véase, para Italia: CRESPI, Alberto, *Segreto bancario e poteri istruttori del giudice civile*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1961), XXIV, II, pp. 406-410, y la sentencia sobre el tema del *Tribunale de Pistoia*, que comenta, y que se publica en el mismo lugar. Sobre el mismo tema y autor, véase: El mismo, *Ancora sulla tutela del segreto bancario nel processo civile*, en: *Rivista di diritto civile* (1956), I, pp. 288-292; El mismo, *Diatriba breve sul segreto bancario: nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale (e della responsabilità civile)*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1966), II, pp. 602-607; y El mismo, *Il segreto bancario e la sua diversa rilevanza nel processo civile e nel processo penale*, en: *Il foro italiano* (1955), I, p. 142. En otra causa anterior, del *Tribunale Firenze*, de 1954, a propósito de la exhibición de documentos bancarios de un cliente, se discutió ampliamente el tema; véanse la sentencia y el comentario, en GIANNATTASIO, Carlo, *Le fonti del segreto bancario e i suoi limiti specie nei confronti dell' Autorità giudiziaria*, en: *Giurisprudenza Italiana* (1954), I, 2, col. 783-794. Ver, además, PELLIZI, Giovanni, *Banca e segreto bancario di fronte all'istanza di esibizione nel giudizio civile*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1978), I, pp. 229-237; y, posteriormente, junto a otros valiosos trabajos, en: *Il segreto bancario. Atti del Convegno C.I.D.I.S.* (Turín, 1978).

Ley General de Bancos, que resulta así *lex specialis*, la cual derogaría el precepto general. Dicho de otro modo, respecto del secreto bancario no se aplicará el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil, sino su norma procesal ya señalada y que ya hemos analizado.

b) *Declaración de testigos*

Según el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, en caso 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, podrá ser mantenido en arresto hasta que preste su declaración.

El tratamiento detallado de esta cuestión no es simple, pues este tema está muy ligado con la determinación del sujeto pasivo del secreto bancario. De acuerdo a la ley, “los bancos están sujetos a secreto bancario” (inc. 1º, art. 20, Ley General de Bancos). Entonces surge la interrogante: ¿comprende de igual modo a sus directores, gerentes, trabajadores, etc.? Creemos que el secreto bancario vincula y obliga a todos ellos de igual forma, por lo que podrán y deberán abstenerse de declarar en juicio sobre las actividades de los clientes.

Deben sí comparecer al juicio, ya que no poseen inmunidad personal para ello, y sólo están facultados —y obligados— a no contestar todo aquello que quede comprendido en el deber de secreto.

Esto es así ya que las normas procesales no pueden significar una excepción a la regla establecida en el artículo 20 de la Ley General de Bancos, que declara secretos los antecedentes de los clientes bajo sanción de delito al que debe esos antecedentes. Su situación será la misma de las personas que señala el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil: eclesiásticos, abogados, escribanos, etcétera¹²¹.

¹²¹ En cuanto al Derecho argentino, en el mismo sentido, véanse MALAGARRIGA (n. 10), p. 89 ss.; LABANCA (n. 11), p. 3, N° 23.

c) *Medidas prejudiciales y 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: (...) 3º la exhibición de sentencias, testamentos, inventarios, tasaciones, títulos de propiedad y otros instrumentos públicos o privados que, por su naturaleza, puedan interesar a diversas personas”.

Además, y en lo que concierne al 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 halla en poder de terceros (entidades bancarias, agregamos) 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. En este caso sólo podrá efectuarse la exhibición si se cumple con los requisitos de la regla general (vid. *supra*, I, 1, b), Aspectos generales).

El caso de los embargos es diferente¹²². La regla general que establece el artículo 20, inciso 4º, Ley General de Bancos, indudablemente no se aplica al caso de embargos. No fue la intención de su establecimiento ni su texto lo autoriza, ya que nada tienen que ver la remisión y examen de antecedentes específicos con los embargos.

Por lo demás, si se revisan minuciosamente las disposiciones legales sobre embargos en juicios ejecutivos —y aun en cumplimiento de sentencias— que se rigen por las normas de aquél, no es posible encontrar disposiciones ni en uno ni en otro sentido que

¹²² La ley libanesa de 1956 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 aplicación del artículo 559 del Código de Procedimientos Civiles, el banquero, como consecuencia de la notificación de embargo, debe no solamente declarar la existencia de la cuenta, sino indicar si el saldo es acreedor y, en la afirmativa, cuál es su monto; y si se requiere información sobre la existencia de títulos de depósito, debe igualmente suministrarla.

configuren alguno de los “casos y formas” que señala la Constitución.

3. CASOS ESPECIALES

Como posibles excepciones del secreto bancario, en sentido lato, frente a la justicia civil, se analizarán algunos casos especiales.

Previamente debemos aclarar que no consideramos pertinente analizar 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 no tiene ninguna relación directa con el tema. No se da la trilogía de intereses del secreto bancario: secretos de un cliente en el banco, banco depositario y tercero interesado en conocer esos antecedentes.

a) *El secreto de la cuenta corriente bancaria*¹²³

El artículo 1^o de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, en sus incisos 2^o y 3^o, 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”.

Este precepto es la aplicación del principio constitucional y, hasta antes de la Ley 18.576, de 1986, era la única norma positiva expresa sobre secreto bancario que existía en nuestro ordenamien-

¹²³ Un estudio sobre el tema: URREJOLA ARRAU, Gonzalo, *El secreto de la cuenta corriente bancaria* (Memoria de Prueba, Universidad de Concepción, 1949). En Italia, sobre el cheque, ver: MARTORANO, Federico, *Convenzione di assegno e segreto bancario*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1978), XLI, I, pp. 217-228.

to jurídico¹²⁴. No debe olvidarse su carácter excepcional para los efectos de su interpretación. Por otro lado, este precepto, que no ha sido derogado por el precepto general que estableció un “sistema” sobre secreto bancario, es especial, por lo que sus disposiciones priman sobre aquél.

Para que se configure esta excepción es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1º La ley sólo autoriza “exhibición”, y no remisión de antecedentes. Al respecto, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras ha dicho, con mucha razón, que:

“esta norma sólo autoriza la exhibición de partidas, de manera que el banco 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 decretado inspección personal del Tribunal”¹²⁵.

2º La causa se debe seguir con el “librador”. Esto es, quien debe ser parte en el juicio es un cuentacorrentista que haya librado algún cheque (y que, por ese hecho, pasa a llamarse precisamente “librador”). Respecto de este requisito, Morand opina que aun refiriéndose la ley a “librador”, la ley habría querido decir “cuentacorrentista”¹²⁶.

Debemos discordar de esta opinión, ya que por esta vía podrían llegar a revisarse cuentas corrientes sin relación al giro de un determinado cheque. Estimamos que no debe contrariarse la letra de la ley, ya que sus términos son claros, en el sentido de

¹²⁴ Así, por lo demás, se reconoce en la historia fidedigna del establecimiento del artículo 20 de la Ley General de Bancos y en la Circular N° 2.221, de 27 de noviembre de 1986, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

¹²⁵ Circular N° 313, de 26 de noviembre de 1943. 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. Agrega que el banco podrá exhibir estos instrumentos en sus propias oficinas y no estará obligado a entregarlos al Tribunal ni a proporcionarles copias de ellos.

¹²⁶ MORAND, *El secreto bancario* (n. 63), p. 163.

referirse sólo a librador, significando que debe tratarse de causas donde sea materia de litigio el giro de un determinado cheque. Si la parte es sólo cuentacorrentista y no es materia de litigio el giro de un cheque, no se configura esta excepción al secreto bancario, que como tal debe interpretarse en forma restringida.

3º Debe referirse a "determinadas partidas" de la cuenta corriente. Esto, muy ligado por lógica a lo anterior, significa que jamás podrá ordenarse una exhibición completa (o general) de la cuenta corriente o hacerlo a través de sucesivas revisiones en que se llegue a lo mismo.

b) *El secreto bancario frente a la quiebra*¹²⁷

Nos referimos al caso específico de la quiebra de un cliente, titular del secreto. Según la Ley de Quiebras¹²⁸, el síndico tiene la plena representación del fallido, ya que la administración de que es privado éste pasa de pleno derecho a aquél. Así, la sentencia que declara una quiebra contiene, 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 del concurso; y todas las personas que tengan bienes o papeles pertenecientes al fallido deben ponerlos a disposición del síndico.

En el fondo, todo esto que hemos traído a colación no se trataría de una excepción al secreto bancario, ya que sería, por una ficción legal, el mismo fallido quien actúa, quien lo hace por medio de un tercero, el síndico, facultado por la ley para hacerlo a título de representación¹²⁹.

¹²⁷ Ver el siguiente trabajo que ofrece el derecho comparado: JAG-METTI, Marco, *Il segreto bancario in svizzera con riguardo anche all'esecuzione e al fallimento*, en: *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* (Milán, 1969), XLIV, I, pp. 400-411.

¹²⁸ Ley N° 18.175 de 1982, artículo 27, inciso 1º, y N° 1.

¹²⁹ Recuérdese que el artículo 20, inciso 1º, de la Ley General de Bancos, que consagra el secreto bancario, preceptúa expresamente que "(...) no podrán proporcionarse antecedentes (...) sino (...) a la persona que lo represente legalmente".

c) *El secreto bancario frente a la justicia de menores*¹³⁰

El artículo 36 de la Ley de Menores¹³¹ establece que el Juez de Letras de Menores, en todos los asuntos de que conozca, podrá:

“(…) además de los informes que solicite a los asistentes sociales, podrá requerir informes médicos, psicológicos u otros que estimare necesarios.

Podrá también utilizar todos los medios de información que considere 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”.

Hoy en día esta norma es inaplicable ante el secreto bancario y rige una *lex specialis*¹³², ya reseñada por nosotros, que impide la aplicación de este precepto. Se usa el mismo argumento que ya hemos indicado [vid., *supra*, I, 2, Reglas del procedimiento civil, letra a)].

Pinto Lavín estimaba, antes de la modificación de 1986, que se estaba en presencia de una clara y amplísima excepción a la obligación de reserva bancaria y que no admitía excusa alguna¹³³. En todo caso, aun antes de la dictación de la Ley 18.576, de 1986, este precepto era inaplicable como excepción al secreto, por dos razones:

1º La Constitución establece que los documentos privados sólo pueden registrarse en “los casos y en las formas determinados por la ley”. Toda excepción debe interpretarse en forma restringida y sólo se configuraría en un precepto realmente claro en tal sentido que exprese de manera precisa la “determinación” del “caso” y la “forma” de este registro. En el artículo 36 en comentario esto no se

¹³⁰ Véase, en la Tercera Parte, el caso *Sociedad López*.

¹³¹ Ley Nº 16.618, de 1967.

¹³² Excepto en la cuenta corriente, la que tiene una propia ley especial, y es el artículo 1º de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques.

¹³³ PINTO LAVÍN (n. 63), p. 22.

cumple; y por el contrario, frente al tema, es muy vago o indeterminado;

2º De la exégesis de la disposición se concluye 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 con o del Estado, estando todas ellas, según el propio texto de la ley, “obligadas a proporcionar dichos informes” (entonces, implícitamente, está diciendo que las demás instituciones, entre las que cabrían los bancos, no estarían obligadas).

La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en Circular N° 30, de 1990, ha señalado que los Tribunales de Menores están facultados para requerir antecedentes cubiertos por el secreto bancario, debiendo aplicarse el artículo 20 de la Ley de Bancos. No obstante, debe recordarse que tal disposición se refiere a la “justicia ordinaria”, y de acuerdo al texto actual del artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales (conforme a las modificaciones introducidas por la Ley N° 18.969, de 1990), los Juzgados de Menores no son tribunales ordinarios, sino que son tribunales especiales. Si bien esto es discutible, debe recordarse, además, qué por el ámbito de competencia tan especial de estos tribunales, deberá prestarse especial cuidado a que se cumplan todos los requisitos que exige el artículo 20 de la Ley de Bancos o el artículo 1º de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, sobre todo, que las operaciones específicas tengan *relación directa* con el proceso.

d) *El secreto bancario frente a la justicia del trabajo*

En los mismos términos señalados en el párrafo anterior, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (Cfr. Circular N° 30, de 1990) entiende que los Tribunales del Trabajo, calificados como Tribunales especiales por el artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales (según su texto fijado por la Ley N° 18.969, de 1990), se encuentran comprendidos en la expresión “justicia ordinaria”, contenida en el inciso 4º del artículo 20

de la Ley de Bancos. Al respecto, deben tenerse presentes las mismas observaciones señaladas para el caso anterior.

e) *El secreto bancario frente a la justicia arbitral*

Recordemos que el artículo 20 inciso 4º de la Ley de Bancos se refiere a la “justicia ordinaria y a la militar”, como tribunales autorizados para producir el levantamiento del secreto bancario, una vez cumplidos los requisitos que tal disposición legal precisa. Asimismo, debemos recordar que, en opinión de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (Cfr. Circulares N°s. 221 y 644, de 1986), de la historia fidedigna del establecimiento de dicho artículo 20 quedó clara la intención de que tal precisión estaba dirigida a negar esta facultad a la justicia arbitral.

Por tanto, estos tribunales arbitrales no están facultados, directamente, para decretar el levantamiento del secreto bancario, para lo cual tendrían que recurrir a la justicia ordinaria.

4. REGLAS DE PROCEDIMIENTO PENAL

En la instrucción de los asuntos penales, en los que hay envueltos intereses públicos superiores, se trata de encontrar la verdad sobre hechos que revisten caracteres de delito, cuya represión el Estado debe asegurar en forma precisa, eficaz y oportuna. Este interés superior exigirá muchas veces que ningún elemento de información capaz de permitir arribar 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, la legislación procesal penal les otorga amplias facultades a los Tribunales del Crimen¹³⁴.

¹³⁴ Sobre el secreto bancario frente al procedimiento penal, véanse los siguientes trabajos, cuyas razones a veces son perfectamente aplicables al caso chileno: BELLANTONI, Giuseppe, *Il segreto bancario nella giurisprudenza penale*, en: *L'Indice Penale* (1973), pp. 599-609; MAZZACUVA, Nicola, *L'obbligo al segreto bancario e la sua rilevanza in sede penale*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1975), II, pp. 143-152; El mismo, *Riflessi penalistici del segreto bancario: profili attuali*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1984), I, pp. 313-329; y PETRONE, Marino, *Tutela penale del segreto bancario e limiti processuali*, en: *Cassazione penale. Massimario* (1980), pp. 272-277.

No obstante lo anterior, estas facultades podrían chocar con los extremos del secreto bancario, para lo cual existe una norma procesal expresa ya estudiada por nosotros (vid., *supra*, I, 1, b), Aspectos generales) que es aplicable ahora. Por tanto, ante cualquier caso, deberán enmarcarse las atribuciones del Juez en lo criminal a esa disposición contenida en el inciso 4^o del artículo 20 de la Ley General de Bancos.

El primer y principal objeto de la investigación de estos jueces es la comprobación del cuerpo del delito, o sea, el hecho punible¹³⁵, y su celosa comprobación se podrá realizar a través de los medios determinados por la ley.

Se estudiará cada uno de estos medios que señala la ley con el objeto de verificar en qué medida pueden afectar el secreto bancario:

a) *Entrada y registro en lugar cerrado*

Materia regulada en los artículos 156 y siguientes del Código de Procedimiento Penal¹³⁶.

Es perfectamente posible que el examen a que se refiere la norma procesal del artículo 20 de la Ley General de Bancos se realice a través del procedimiento que fija el Código de Procedimiento Penal, sin olvidar sus limitaciones, por ser *lex specialis*.

b) *Registro de libros y papeles*

Por aplicación del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal es posible practicar el registro de libros o papeles de contabilidad del procesado o de otra persona directamente por el juez, y dice la ley:

¹³⁵ Véanse artículos 108 y 109 del Código de Procedimiento Penal.

¹³⁶ Son especialmente concernientes al tema los artículos 156, 157, 161, 162, 163, 164, 165, 166 y 168 del señalado Código de Procedimiento Penal. Téngase presente que de tales artículos, el 162 y el 165 han sido modificados por la Ley 18.857, de 1989.

“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 en sus incisos 1º y 2º del mismo Código que:

“Toda persona que tenga objetos o papeles que puedan servir para la investigación será obligada a exhibirlos y entregarlos. Si la persona que los tenga o bajo cuya custodia o autoridad estén, rehúsa la exhibición, podrá ser apremiada del mismo modo que el testigo que se niega a prestar declaración, salvo que fuere de aquéllas a quienes la ley autoriza para negarse a declarar como testigo”^{136 bis}.

De acuerdo a lo señalado hasta aquí, en caso de tratarse de personas que no representan al banco (trabajadores del banco, por ejemplo), o en lo referente a asuntos que no digan relación directa con el proceso o que no se trate de operaciones específicas, debe vincularse la disposición con el artículo 201, Nº 2, del mismo Código, que establece que no están obligados a declarar como testigos quienes guardan secretos ajenos [vid., más adelante, letra d)].

c) *Examen de cuentas corrientes bancarias en casos de índole tributaria*

El artículo 62 del Código Tributario contiene una norma específica; según ella:

“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”.

En virtud de esta norma procedería sólo el examen de la cuenta corriente del presunto infractor de obligaciones tributarias por medios delictuosos como sanción a su proceder, pero, en nin-

^{136 bis} Texto fijado por la Ley 18.857, de 1989.

gún caso, procede la revisión de cuentas corrientes a terceros. A este respecto no encontramos correcta la doctrina sustentada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que, en fallo de 15 de julio de 1963, 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”¹³⁷.

La Corte no reparó en que la interpretación de este precepto, *lex specialis*, debía ser en forma restrictiva.

d) *El banquero como testigo*

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 (art. 189 del Código de Procedimiento Penal). No obstante, el artículo 201, N^o 2, del mismo Código establece, por su parte, que no están obligadas 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”.

Relacionando este precepto con el artículo 20 de la Ley General de Bancos, que consagra secretos en manos del banquero, y aplicando el aforismo jurídico que reza “donde existe la misma razón ha de existir la misma disposición”, concluimos que al banquero le es lícito negarse a declarar sobre secretos de los clientes.

¹³⁷ Citado en *Boletín del Servicio de Impuestos Internos* 119 (1963), p. 3663.

Puelma, antes de la consagración legal del secreto bancario, sostenía lo mismo¹³⁸.

Si bien el secreto bancario no pierde completamente su vigencia ante la justicia del crimen, esto no significa, ni podrá significar jamás, que los banqueros no presten la debida colaboración a las investigaciones de los delitos que pudiese amparar el secreto bancario.

Si bien ello no se encuentra meticulosamente reglamentado en Chile como en otras naciones, es posible deducirlo del sistema de secreto bancario establecido en virtud de la Ley 18.576, de 1986¹³⁹.

II. EL SECRETO BANCARIO FRENTE A LA ADMINISTRACION

1. ASPECTOS GENERALES

El afán principal de los particulares es la obtención de ventajas personales, por lo que, a menudo, no hay coincidencia entre el fin perseguido y el bien de todos; por el contrario, el motor de

¹³⁸ PUELMA ACCORSI, Alvaro, *Estudio jurídico sobre operaciones bancarias* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1971), p. 39.

¹³⁹ En doctrina ha quedado claro que el fin del secreto no es proteger al malhechor, o, como lo dicen AUBERT, KERNEN y SCHÖNLE (n. 78), p. 97, respecto de Suiza, "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". Incluso el gobierno helvético ratificó en 1966 la Convención Europea sobre Ayuda Mutua en Asuntos Penales, que establece el levantamiento del secreto bancario en casos de delitos, lo que actualmente se aplica a favor de cualquier nación (más antecedentes periodísticos en *Selecciones de Reader's Digest*, diciembre 1983, p. 52, "Suiza cierra las puertas al dinero mal habido").

Por otro lado, Estados Unidos ha incorporado a su ordenamiento jurídico un Acta del Secreto Bancario (*The Bank Secrecy Act*) que obliga a los bancos a mantener información que facilite las investigaciones, procesos y persecuciones sobre impuestos y actividades criminales. Como contrapartida, existe también un Acta de Derechos a la Privacía Financiera (*The Right to Financial Privacy Act*) que balancea los deseos de privacía del cliente bancario. Amplia información al respecto incluyendo jurisprudencia (Court Decisions), en: BERNSTEIN, *et al.* (n. 90), § 2, p. II-2.

la acción administrativa es, o debe ser, la obtención del interés general a través de la potestad pública. Su regulación le corresponde al derecho administrativo.

Dentro del juego de intereses que pugnarán desde el exterior con el secreto bancario, se encuentra el interés público, para cuya defensa se han atribuido facultades a la Administración, la que, en el ejercicio de ellas, deberá observar, entre otros, estos principios:

a) La legalidad: Este principio se encuentra establecido en el artículo 7º de la Constitución¹⁴⁰, el que puede traducirse en el siguiente aforismo: “Mientras en el Derecho privado es posible hacer todo aquello que no está expresamente prohibido, en el Derecho público (una de cuyas ramas es el Derecho administrativo) sólo puede hacerse lo que está expresamente autorizado por la ley”.

b) El formalismo: Con el fin de lograr que los actos administrativos realmente persigan el interés general y de proteger los derechos de los administrados, la actuación de la Administración, para ser válida, debe realizarse con estricta sujeción a los requisitos de forma, esto es, al procedimiento administrativo que señala la ley¹⁴¹.

¹⁴⁰ El artículo 7º de la Constitución, que consagra el “principio de la habilitación legal previa”, establece:

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas puede atribuirse, ni aun 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”.

Además, es necesario tener presente lo establecido en el artículo 2º de la Ley Nº 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales del Estado: “Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”. Por lo señalado, fuera de los órganos a los cuales la ley faculta para exigir informaciones reservadas o secretas a los bancos, los demás están impedidos de hacerlo, y significaría un abuso o exceso de acuerdo con la ley.

¹⁴¹ Véase en nota anterior inciso 1º del artículo 7º de la Constitución.

c) La especialidad: El derecho administrativo constituye un sistema jurídico que permitirá a la Administración emitir decisiones unilaterales y ejecutivas que producirán sus efectos sin necesidad de contar con la aquiescencia de sus destinatarios y aun en contra de sus opiniones o deseos¹⁴².

De tal modo que los órganos administrativos, en el ejercicio de sus facultades, deberán observar estos extremos.

Se efectuará un análisis de las facultades de diversos órganos administrativos que a través de sus actos administrativos —forma de expresar su voluntad— pudiesen estar o pretender estar dentro de la esfera del secreto bancario.

2. SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS

a) Este órgano, antes llamado Superintendencia de Bancos, fue creado por el Decreto Ley 1.097, 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 y le corresponde velar para que las instituciones que fiscaliza cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan y ejercer la más amplia fiscalización sobre todas sus operaciones y negocios.

Para estos efectos, la ley le ha concedido amplias facultades, frente a las cuales el secreto bancario dejará de surtir sus efectos propios o, mejor dicho, desaparecerá¹⁴³. No obstante, y como contrapartida y límite al conocimiento de los secretos de los clientes que obtiene el órgano fiscalizador, el artículo 7º de tal cuerpo legal, estatuye que:

¹⁴² Véase CALDERA DELGADO, Hugo, *Manual de Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979), p. 78 ss.

¹⁴³ Estas facultades le permiten conocer cualquier antecedente en manos del banquero. Véanse, al efecto, las siguientes normas: artículo 12, inciso 3º; artículo 13; artículo 15, inciso 1º; y artículo 17, todos del Decreto Ley 1.097, de 1975.

“Queda prohibido a todo empleado, delegado, agente o persona que a cualquier título preste servicio 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”¹⁴⁴.

En virtud de ello se formaría un verdadero circuito cerrado en que, no obstante desaparecer el secreto bancario frente a la Superintendencia, resurge en su plenitud frente a terceros.

b) Pero a pesar de esto hay casos en que deberá la Superintendencia informar antecedentes secretos o reservados, ya sea a autoridades o al público, lo que se encuentra regulado en el artículo 13 bis de su Ley Orgánica¹⁴⁵.

1º Información a autoridades.

El inciso 1º de tal disposición legal establece que:

“No obstante lo dispuesto en el artículo 7º y sin perjuicio de las normas sobre secreto bancario contenidas en el artículo 20 de la Ley General de Bancos, la Superintendencia deberá proporcionar informaciones sobre las entidades fiscalizadas al Ministro de Hacienda y al Banco Central de Chile”.

En este momento debemos recordar que, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley General de Bancos, existen operaciones bancarias sujetas a secreto y otras a reserva. De acuerdo con lo señalado, la información que entregue la Superintendencia al Ministerio de Hacienda o a los órganos del Banco Central de Chile jamás

¹⁴⁴ Los artículos 246 y 247 del Código Penal penan los delitos de violación de secretos para empleados públicos.

¹⁴⁵ Agregado por la Ley 18.576, de 1986, que también derogó los incisos 2º y 3º del artículo 7º del mismo cuerpo legal que regulaban antiguamente la materia.

podrá referirse a las operaciones sujetas a secreto bancario (depósitos y captaciones), ya que la ley dice que esto es “sin perjuicio del secreto bancario”.

2º Informaciones al público.

El inciso 2º del artículo 13 bis establece que:

“La Superintendencia dará¹⁴⁶ a conocer al público, a lo menos tres veces al año, información sobre las colocaciones, inversiones y demás activos de las instituciones fiscalizadas, y su clasificación y evaluación conforme a su grado de recuperabilidad, debiendo la información comprender la de todas las entidades referidas. Podrá también, mediante instrucciones de carácter general, imponer a dichas empresas la obligación de entregar al público informaciones permanentes u ocasionales sobre las mismas materias”¹⁴⁷.

La imposición de esta norma estuvo orientada por la necesidad de dar la mayor transparencia en la información al público acerca de la situación de las empresas bancarias que le ofrecen sus servicios, y hay que entroncarla con una política que en ningún caso tuvo por objeto derogar a su respecto el secreto bancario, sobre todo por el carácter global y general de esta información¹⁴⁸.

¹⁴⁶ El inciso 3º del artículo 7º, derogado, que trataba esta materia, sólo facultaba a la Superintendencia; ahora la obliga a proporcionar información al público.

¹⁴⁷ La parte final de este inciso debe relacionarse con los incisos 2º y 3º del artículo 20 de la Ley General de Bancos, que faculta a los bancos para dar acceso a las operaciones sujetas a reserva bancaria, y tanto para estas últimas como para aquellas sujetas a secreto bancario, sólo en términos globales, no personalizados ni parcializados.

¹⁴⁸ En todo caso, existen dos intereses controvertidos y que deben conjugarse: la reserva de los documentos bancarios, por un lado, y la difusión (que debiera ser muy limitada) de los datos económicos de la clientela. Cfr. en doctrina italiana, a: ALAGNA, Sergio, *Le informazioni sulla clientela tra dovere di riservatezza e interesse alla conoscenza delle notizie economiche*, en: *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, LXXIX, 3-4/5-6 (1981), pp. 121-133.

3º Una Central de Riesgos.

Dentro de lo mismo, agregan los incisos 3º y 4º del artículo 13 bis, Decreto Ley 1.097, de 1975, que:

“Con el objeto exclusivo de permitir una evaluación habitual de las instituciones financieras por firmas especializadas que demuestren un interés legítimo, la Superintendencia deberá darles a conocer la nómina de los deudores de los bancos, los saldos de sus obligaciones y las garantías que hayan constituido. Lo anterior sólo procederá cuando la Superintendencia haya aprobado su inscripción en un registro especial que abrirá para los efectos contemplados en este inciso y en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley General de Bancos. La Superintendencia mantendrá también una información permanente y refundida sobre esta materia para el uso de las instituciones financieras sometidas a su fiscalización. Las personas que obtengan esta información no podrán revelar su contenido a terceros y, si así lo hicieren, incurrirán en la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

Sin perjuicio de lo anterior, la Superintendencia deberá establecer que los bancos mantengan una nómina disponible al público que contenga información acerca de los deudores de cada uno de ellos que adeuden un 3% o más del capital pagado y reservas de la institución prestamista (...).”

De este modo, se consagra legalmente la información sobre deudores que, desde largo tiempo, ha mantenido la Superintendencia para los bancos e instituciones financieras, constituyéndose en una verdadera Central de Riesgos.

c) Se debe reconocer que aun cuando ante la Superintendencia se produce una total derogación del secreto bancario, ella, desde siempre y a través de su jurisprudencia administrativa, ha defendido con diferentes fundamentos su existencia.

1º Primero a través de la Circular 92 del año 1929, suscrita conjuntamente con la Dirección de Impuestos Internos (hoy S.I.I.), 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”¹⁴⁹.

2º Luego, a través de la Circular 1.695, de 1980¹⁵⁰, la Superintendencia, ante la incontestable realidad de la existencia de un secreto bancario, adoptó una posición de equilibrio, distinguiendo entre: por un lado, el secreto absoluto a que están sujetos los depósitos y, por otro, un menor grado de reserva para los préstamos, clasificación que indudablemente ha servido de base al legislador para la actual consagración diferenciada de un secreto y una reserva bancarios.

3º Finalmente, a través de la Circular 2.221, de 1986, en que comenta las normas sobre secreto y reserva bancarios establecidos por la Ley 18.576, de 1986¹⁵¹.

3. SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS

Se rige por las disposiciones del Decreto Ley 3.538, de 1980, que la creó, y por el Decreto con Fuerza de Ley 251, de 1931, en las disposiciones no derogadas por aquél. Según el artículo 3º, inciso final del señalado Decreto Ley, no quedan sujetos a su fiscalización los bancos y sociedades financieras.

Por lo que hoy, a pesar de la obligación legal de los bancos de constituirse como sociedades anónimas, entidades en general

¹⁴⁹ Puede consultarse en *Normas crediticias chilenas* (Contable Chilena, Editores), pp. 236-259.

¹⁵⁰ Transcribe esta Circular, en Apéndice, PINTO LAVÍN (n. 63), pp. 48-50.

¹⁵¹ Su texto puede consultarse en la siguiente recopilación de leyes bancarias, de que son autores CARRASCO VÁSQUEZ, Jorge y MORAGA NEIRA, René, *Nueva Ley General de Bancos y Legislación Complementaria* (Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda., 1986), 2, p. 607.

Véanse, además, de tal Superintendencia, sobre el tema, las Circulares Nº 110, de 1987; Nº 30, de 1990, y Nº 2.544, de 1990, que reemplazó la Nº 2.540, del mismo año.

sometidas a la fiscalización de esta Superintendencia, frente a ella regirá en su plenitud el secreto bancario.

4. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

De acuerdo a la actual normativa que rige al órgano contralor¹⁵²:

“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”.

Agrega que:

“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”.

En otra parte, 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”.

No obstante, mediante estas facultades, en ningún caso podrán proporcionarse informes o antecedentes resguardados por el secreto bancario a la Contraloría, pues, como el mismo órgano contralor lo ha señalado (Cfr. Dictámenes N^{os}. 85.724, de 1975; 16.493, de 1977, entre otros), “el ámbito de la fiscalización de la Contraloría General respecto de la Superintendencia queda circuns-

¹⁵² Ley 10.336 de 1964, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, artículos 16 y 9^o.

crito exclusivamente al examen de las cuentas de sus gastos y al trámite de toma de razón de las resoluciones que el Código de Comercio señala como sujetas a dicho trámite”.

III. EL SECRETO BANCARIO FRENTE AL FISCO

1. ANTECEDENTES GENERALES¹⁵³

El levantamiento del secreto bancario por motivos fiscales ha sido materia de arduas polémicas, lo que ha originado juicios

¹⁵³ En general, sobre secreto bancario y fiscalidad en Italia, véase por todos: CURAMI, Gianni, *Il segreto bancario nella normativa fiscale*, en: *Il risparmio* (1983), pp. 573-583, y los que citamos en la bibliografía final. En España, el levantamiento fiscal del secreto bancario por parte de la administración tributaria ha originado intensas polémicas, y existe una clara jurisprudencia que le reconoce un fundamento constitucional; véase: por una parte, Tribunal Constitucional español, *Sentencia de 23 de julio de 1986*, en: *Impuestos* (Madrid, 1986), 12, pp. 77-83, y *Sentencia de 26 de noviembre de 1984*, en: *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (Madrid, 1984), 44, pp. 1421-1429; y, por la otra, Tribunal Supremo español, *Sentencia de 14 de junio de 1983*, en: *La ley* (Madrid, 1983), IV, pp. 615-617, y *Sentencia de 29 de julio de 1983*: en: *La ley* (Madrid, 1983), IV, pp. 658-674. Pero la legislación española ha fijado otros límites, y con ello se ha originado una extensa bibliografía, que sólo podemos citar aquí. Cfr., por todos: AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, Jaime, *De nuevo en torno a la defensa de la intimidad como límite a las obligaciones de información tributaria*, en: *Revista de derecho bancario y bursátil* (Madrid, 1985), 17, pp. 71-119. El mismo, *La defensa de la intimidad como nuevo límite a las obligaciones de información tributaria*, en: *Revista de derecho bancario y bursátil* (Madrid, 1983), III, 12, pp. 829-847. El mismo, *Secreto bancario*, en la obra colectiva dirigida por Sebastián Martín-Retortillo: *Estudios de derecho público bancario* (Madrid, Editorial Ceura, 1987), pp. 299-355; ARSUGA NAVASQUÉS, Juan José, *Consideraciones a favor de la investigación tributaria de las cuentas corrientes*, en: *Gaceta fiscal* (Madrid, 1983), 6, pp. 79-90; BASANTA DE LA PEÑA, J., *En torno al secreto bancario*, en: *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública* (Madrid, 1978), XXVIII, 1, pp. 765-776. El mismo, *La banca y los deberes de información tributaria*, en: Varios autores, *Estudios sobre tributación bancaria* (Madrid, Editorial Civitas, 1985), 1, pp. 197-216; CAZORLA PRIETO, Luis María,

que han debido ser decididos por nuestro más Alto Tribunal, de lo cual damos cuenta *infra*; y esto se debe a que siendo el secreto bancario una institución vinculada a profundas raíces ideológicas, su dimensión tributaria lo hace aún más patente. Es evidente que si el secreto, desde el punto de vista de los bancos y de los clientes, es una defensa del capital, las legislaciones que privilegien a este último no considerarán su derogación frente a la autoridad impo-

Consideraciones sobre el levantamiento fiscal del secreto bancario en la ley de medidas urgentes de reforma fiscal, en: Varios autores, *Medidas urgentes de reforma fiscal* (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977), 1, pp. 531-558. El mismo, *Un supuesto especial de levantamiento del secreto bancario*, en: *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública* (Madrid, 1979), XXIX, 139, pp. 163-171; CERVERA TORREJÓN, Fernando, *El secreto bancario desde la perspectiva del derecho tributario*, en: *Crónica tributaria* (Madrid, 1975), 15, pp. 49-64. El mismo, *El secreto bancario en la ley de medidas urgentes de reforma fiscal (un comentario de urgencia)*, en: Varios autores, *Medidas urgentes de reforma fiscal* (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977), 1, pp. 559-600. El mismo, *La colaboración en la gestión tributaria: la investigación de las cuentas corrientes*, en: Varios autores, *Estudios sobre tributación bancaria* (Madrid, Editorial Civitas, 1985), 1, pp. 247-279. El mismo, *La inspección de los tributos. Garantías y procedimiento* (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1975); CLAVIJO HERNÁNDEZ, Francisco, *Algunas observaciones sobre el secreto bancario en el ordenamiento financiero español*, en: *Revista española de derecho financiero* (Madrid, 1977), 15/16, pp. 859-872; DÍAZ-ARIAS, José Manuel, *Análisis de la controversia suscitada sobre la investigación de cuentas corrientes: una opinión a favor del contribuyente*, en: *Gaceta fiscal* (Madrid, 1983), 6, pp. 93-101; FALCÓN TELLA, R., *El levantamiento del secreto bancario frente a la administración tributaria*, en: *La ley* (Madrid, 1983), IV, pp. 658-668 [nota a sentencia de Tribunal Supremo, de 29 de julio de 1983]; FERNÁNDEZ CUEVAS, A., *Nota breve sobre el llamado secreto bancario y el derecho a la intimidad*, en: *Crónica Tributaria* (Madrid, 1980), 34, pp. 49-50; GARCÍA-ROMEU FLETA, J.E., *Secreto bancario y colaboración en la gestión tributaria*, en: Varios autores, *Medidas urgentes de reforma fiscal* (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977), 1, pp. 513-530; LUIS, F. DE, *El deber de colaboración tributaria de las empresas crediticias*, en: *Crónica Tributaria* (Madrid, 1978), 24, pp. 121-130; MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J., *El deber de colaboración de los bancos y el secreto bancario*, en: *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública* (Madrid, 1978), XXVIII, 1, pp. 319-321; en fin, MERINO JARA, Isaac, *La colaboración de las entidades bancarias y crediticias en la gestión tributaria*, en: *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura* (Cáceres, 1984/1985), 3, pp. 295-317.

sitiva¹⁵⁴. Por el contrario, en aquellos lugares en que el capital no sea base ni fundamento del sistema ideológico imperante, el secreto bancario desaparecerá frente a la imposición hacendística¹⁵⁵.

Es perfectamente posible vincular esta materia al derecho administrativo e incluir su estudio en la sección correspondiente, ya que, más que nada, se trata de revisar funciones y facultades de un órgano administrativo: el Servicio de Impuestos Internos (en adelante, S.I.I.).

Sin embargo, por los perfiles especiales que reviste el enfrentamiento del secreto bancario con la autoridad hacendística y por la autonomía que se ha perfilado el derecho tributario, le otorgamos un tratamiento separado.

En Chile no hay precepto legal que relacione la institución del secreto bancario con el S.I.I., por lo que éste debe regirse por las reglas generales, salvo expresas excepciones. Y como lo sabemos, la regla general es que no existe levantamiento del secreto bancario sino en aquellos casos expresos o limitados que establece la ley¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Una defensa del secreto bancario, jurídicamente, frente a la administración fiscal, véase, en VISENTINI, Gustavo, *Nuove proposte sul segreto bancario nei rapporti con gli uffici tributari*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1982), I, pp. 252-261, y los trabajos de CIAVARELLA y CIMINIELLO, que citamos en la bibliografía final.

¹⁵⁵ Sobre los perfiles ideológicos del tema, frente al problema tributario, véase: CAZORLA (n. 13), p. 104 ss. Se hizo patente el perfil ideológico del tema en el referéndum que promovió la tendencia socialista en Suiza, en el año 1984, con el fin de poner término al secreto bancario, lo que, en definitiva, no prosperó. Véase *ABC*, de Madrid de 21 de mayo de 1984, p. 88: "Los suizos dijeron no a la abolición del secreto bancario"; *L'Express. Edition Internationale*, Francia, 25 de mayo de 1984, "El secreto suizo en cuestión", y *Journal de Genève*, Suiza, en su edición de 8 de mayo de 1984 publica un completo *dossier* de la iniciativa socialista contra los bancos, sus pilares ideológicos y sus límites actuales; y en su edición de 21 de mayo de 1984 publica un completo reportaje sobre sus resultados por Cantones, iniciativa rechazada por el 82% de los votantes. Además, véase *El Mercurio*, Santiago, 21 de mayo de 1984, "Referéndum en Suiza: Rechazan cese de secreto bancario".

¹⁵⁶ Véase al respecto la nota 83, que da cuenta de un proyecto de ley, de iniciativa del S.I.I., que pretendía, a través de una ley, el levantamiento generalizado del secreto bancario ante dicho Servicio, proyecto que fue rechazado por el órgano legislativo. Dicho antecedente es muy valioso para

Estudiaremos brevemente y, en general, los casos en que las funciones y facultades del S.I.I. podrían llegar a merodear, con ánimo de develar, el secreto bancario y las limitaciones existentes al respecto.

La función principal del S.I.I. es la aplicación y fiscalización administrativa de las disposiciones tributarias, para lo cual la ley le ha otorgado una serie de facultades¹⁵⁷ que deberá ejercer con las mismas limitaciones de los demás órganos administrativos. Por tanto, está sujeto a las limitaciones genéricas de la Constitución y de las disposiciones legales vigentes¹⁵⁸.

Una importante limitación la contempla el propio Código Tributario en su artículo 61:

“Salvo disposiciones 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”.

Esta norma la debemos vincular ahora al artículo 20 de la Ley General de Bancos, que le ha dado el carácter de secretas (o confidenciales) a las operaciones de depósitos y captaciones de los bancos, por lo que las disposiciones de aquel Código no podrán alterarlas salvo disposición en contrario.

Por lo que conjugando atribuciones y limitantes del actuar del Servicio de Impuestos Internos, y luego de una revisión de los preceptos legales correspondientes, es posible concluir que los únicos casos en que el secreto bancario puede verse afectado frente a las facultades del S.I.I. son los siguientes:

1º Informaciones sobre cajas de seguridad y datos sobre

comprender la interpretación restrictiva que debe aplicarse al interpretar las normas impositivas cada vez que se pretenda el levantamiento del secreto bancario.

¹⁵⁷ Véanse principalmente: artículo 6º, inciso 1º; artículo 60, inciso 8º; artículo 62, inciso 2º; artículo 84; artículos 87, inciso 1º, y 195 del Código Tributario; y artículos 38 y 45 de la Ley 16.271, de 1965, sobre Impuestos a las herencias, asignaciones y donaciones.

¹⁵⁸ Al respecto cabe tener presentes el artículo 7º de la Constitución y el artículo 63, inciso 1º, del Código Tributario, que lo compele a usar sólo los “medios legales”.

personas fallecidas que deberán proporcionar los bancos al S.I.I. en los casos que señala la ley¹⁵⁹.

2º Envío al S.I.I. de copia de balances y estados de situación que se presenten a los bancos y de las tasaciones de bienes raíces que éstos hubieren efectuado¹⁶⁰; y

3º Examen de cuentas corrientes bancarias en los casos de excepción que señale la ley, lo que analizamos detalladamente en seguida¹⁶¹.

2. REVISIÓN DE CUENTAS CORRIENTES POR EL S.I.I.

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 las personas, atribución que tal director exageró, produciendo graves distorsiones a la economía por la disminución de los depósitos bancarios¹⁶².

¹⁵⁹ De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 38 y 45 de la Ley 16.271, de 1965, sobre Impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones.

¹⁶⁰ Véanse artículos 84 y 85 del Código Tributario.

¹⁶¹ Antes de la consagración legal del secreto bancario, no obstante que había sido reconocido por la costumbre, el S.I.I., con un criterio absolutamente errado, decía:

"El Servicio puede imponerse o investigar en un banco cualquiera operación bancaria, ya que no hay texto expreso que con carácter general declare que éste 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" (Circular del S.I.I., N° 84, de 22-VI-1977).

Este criterio, actualmente, se encuentra desvirtuado por el artículo 20 de la Ley General de Bancos.

¹⁶² Según URREJOLA (n. 123), p. 76, "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 tan estricto de la Dirección de Impuestos Internos era evidentemente la de evitar por todos los medios

Frente a esta situación fue necesario legislar sobre la reserva de la cuenta corriente bancaria, fruto de lo cual son los incisos 2º y 3º del artículo 1º de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, de 1943, que priva a la Dirección de Impuestos Internos, como a todos aquellos que no sea el propio interesado, de imponerse del movimiento de las cuentas corrientes.

Sin embargo, esto duró poco y la Ley 11.575, de 1954, modificatoria de la Ley sobre Impuestos 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 reclamaciones que digan relación con el cumplimiento de obligaciones tributarias”.

Sólo cinco años después la Ley 13.305, de 1959, con un criterio diametralmente opuesto, modificó dicho precepto, privando al órgano impositivo de la facultad de acceder a las cuentas corrientes bancarias. Esta norma, con la modificación señalada, pasó a constituir, en el primitivo Código Tributario, el artículo 62.

Finalmente, el año 1968, a través de la Ley 17.073, que agregó el actual inciso 2º al artículo 62 del Código Tributario, se revirtió nuevamente la situación, otorgando al S.I.I. la facultad de examinar cuentas corrientes, pero en forma limitada.

b) *Exégesis*

El artículo 62 del Código Tributario 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. Asimismo, el Director podrá disponer dicho examen, por

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, retiraba sus fondos de los bancos y cerraba sus cuentas corrientes, produciendo así la disminución del encaje bancario con graves y perjudiciales consecuencias”.

resolución fundada cuando el Servicio se encuentre investigando infracciones a las leyes tributarias sancionadas con pena corporal”.

Ahora nos interesa sólo el análisis del inciso 2º, y respecto a ello, queremos formular tres comentarios:

1º Sólo “el director” puede disponer el examen de una cuenta corriente, no pudiendo delegar bajo ningún aspecto esta facultad, delegación que de acuerdo al criterio de la Corte Suprema (véase Tercera Parte, caso *Chiofalo*) es ilegal por ser una facultad concedida por ley sólo al director.

2º El examen debe disponerse por resolución fundada, lo que significa que al disponerlo deben esgrimirse fundamentos que hagan conducentes el examen; en otras palabras, la resolución debe ser razonada o motivada y, además, expresar dichas razones o motivos. La Corte Suprema, en el mismo caso anterior, resolvió que carecía de fundamento ordenar el examen de una cuenta corriente:

“en virtud de que el Departamento normativo del Servicio se encuentra investigando tributariamente a un contribuyente y que las investigaciones preliminares arrojan antecedentes para presumir fundadamente que ha incurrido en infracciones tributarias sancionadas con pena corporal”¹⁶³.

3º El S.I.I. debe encontrarse investigando infracciones a las leyes tributarias sancionadas con pena corporal, y no basta que el Servicio así lo diga, sino además es necesaria la indicación de cuál infracción tributaria se investiga y qué disposición le sería aplicable de las que la ley sanciona con pena corporal¹⁶⁴.

¹⁶³ Sobre el tema, y como un criterio complementario, vale la pena tener en cuenta lo dicho en su considerando 5º por la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de 16 de octubre de 1978: “Las operaciones realizadas en una cuenta corriente 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”. Véase en: *Nueva Gaceta Laboral, Tributaria, Jurídica*, 5 (1978), 1, p. 144.

¹⁶⁴ Según lo señalado por la Corte Suprema en el fallo citado *infra*.

IV. OTROS ASPECTOS

1. EL SECRETO BANCARIO FRENTE A LA LEGISLACIÓN PENAL

Es posible el enfrentamiento del secreto bancario ante esta disciplina cuando el ordenamiento jurídico le ha dado relevancia penal, en el sentido de que su descubrimiento afecta a un interés que el Derecho protege¹⁶⁵.

Y el interés jurídicamente protegido en el caso del secreto bancario es la esfera íntima del individuo, por lo que sancionar su revelación es defender la intimidad económica como derecho de la personalidad, lo que concuerda —según hemos concluido al inicio de este trabajo— además con el fundamento del establecimiento del propio secreto bancario.

Hoy, en Chile, la revelación de antecedentes protegidos por el secreto bancario constituye delito. En efecto, el artículo 20 de la Ley General de Bancos, en su inciso 1^o, tipifica tal delito del siguiente modo: el que proporcione antecedentes relativos a operaciones sujetas a secreto bancario a personas distintas de las que señala la ley

“será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Sobre la tutela penal del secreto bancario, véase: CENTRONE, Cosimo, *Appunti sulla tutela penale del segreto bancario*, en: *Archivio penale*, XXX (1974), 1, pp. 17-31; un análisis del elemento voluntarístico, en: KOSTORIS, Sergio, *Il segreto bancario*, en: “*Il segreto*” *comme oggetto della tutela penale* (Padua, Cedam, 1964); para NUVOLONE, *Il segreto bancario nella prospettiva penale* (n. 21), por su posición sobre la naturaleza jurídica del secreto, pues, como hemos visto *supra*, piensa este autor que se trataría de una especie de secreto profesional, y como tal estaría sancionado según el artículo 622 del Código Penal italiano, que tutela la violación de tal secreto. Véase, del mismo: NUVOLONE, Pietro, *Problemi di diritto penale bancario* [§ 6. Segreto bancario], en: *Banca, borsa e titoli di credito*, 1976, XXXIX, I, pp. 180-182, párrafo dedicado especialmente al tema. En fin, una reciente contribución de: ROSSI, Alessandra, *Riflessi penalistici del segreto bancario*, en: *Giurisprudenza Italiana* (1985), CXXXVII, IV, col. 389-400. En España, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Límites del secreto bancario*, en: *Papeles de Economía Española* (Madrid, 1980), 4, pp. 165-181.

¹⁶⁶ De acuerdo a la tabla demostrativa que establece el artículo 56 del Código Penal, la extensión de la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio va desde sesenta y un días a tres años.

Este es un delito específico para el banquero, y en caso que éste proporcione antecedentes a terceros, cuyo caso y forma no contemple la ley, podría configurarse su responsabilidad penal¹⁶⁷.

El análisis de esta interesante figura, sobre todo desde el punto de vista de las motivaciones político-criminales para el establecimiento del precepto, no está dentro del actual alcance de nuestro trabajo.

Sólo constatamos que la ley ha venido a llenar una laguna legal, ya que antes de esta ley, a pesar de la plena vigencia del secreto bancario, no había forma de sancionar al banquero infractor por no existir norma expresa —como ahora— ni ser aplicables a su respecto los artículos 246 y 247 del Código Penal por estar referidos a empleados públicos y a profesionales, calidades que no ostentan como tales los banqueros¹⁶⁸.

2. EL SECRETO BANCARIO ANTE LAS NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL¹⁶⁹

Dentro de la jerarquía de las normas que contiene el Derecho positivo, es la Constitución la de más alta categoría, debiendo

¹⁶⁷ Cfr. sobre revelación de los antecedentes resguardados por el secreto bancario: ALIBRANDI, Luigi, *Rivelazione "per giusta causa" di segreto bancario*, en: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, XXI (1978), pp. 1387-1393.

¹⁶⁸ Sobre esta figura, véase BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *El secreto profesional en el proyecto de Código Penal*, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XXXIII, 3 (1980), p. 595 ss. En Francia no existe un precepto categórico o específico para el banquero, pero la mayoría de la doctrina y jurisprudencia de ese país considera que la violación del secreto bancario está sancionada por el artículo 378 del Código Penal, que pena a "los médicos..., y toda otra persona depositaria por su estado o profesión..., de secretos que les hayan confiados...". Así, GULPHE (n. 19), p. 15. Un completo recuento puede consultarse en la excelente obra de VASSEUR (n. 20), p. 21 ss.

¹⁶⁹ Sobre aspectos constitucionales, véanse: CEA EGAÑA, José Luis, *Estatuto constitucional de la información y opinión*, en: *Revista chilena de derecho*, VIII, 1-6 (1981), pp. 12-19. En Italia, a: DI AMATO, Astolfo, *Il segreto bancario nella prospettiva costituzionale*, en: *Il risparmio* (1983), pp. 283-296. En España, a: NOGUEROLES PEIRO, Nicolás, *La intimidad económica en la doctrina del Tribunal Constitucional*, en: *Revista española de derecho administrativo* (Madrid, 1986), 56, pp. 559-584.

subordinarse a ella todas las demás, y es, a la vez, el objetivo principal de estudio del derecho constitucional por encontrarse insertas en ella materias propias de la disciplina.

Es así como las constituciones, y en especial la nuestra, consagran las llamadas garantías constitucionales, que el Estado está obligado a asegurar a todas las personas.

Por nuestra parte, la Constitución, en su artículo 19, N° 5 consagra el derecho a la privacidad de las comunicaciones y documentos privados, que, desde el punto de vista económico, otorga el fundamento a la institución del secreto bancario. A la vez, le otorga la categoría de bien jurídicamente protegido, restringiendo sus limitaciones a los casos y formas determinados por la ley. No se olvide, además, el artículo 19 N° 26 de la Constitución que, como se ha recordado *supra*, protege la esencia de tal garantía.

3. EL SECRETO BANCARIO ANTE LA LEGISLACIÓN CIVIL

Al Derecho civil, como pilar básico del Derecho privado, le corresponderá, en última instancia, dar forma a los derechos subjetivos que nacen del secreto bancario y a sus obligaciones correlativas. Principalmente se pronunciará acerca del sustrato y alcance de las obligaciones y de las consecuencias civiles de su incumplimiento¹⁷⁰.

1° Respecto de las obligaciones, ellas, en virtud del artículo 20 de la Ley General de Bancos, tienen un carácter legal.

2° Por otro lado, todo daño o negligencia ajena debe indemnizarse¹⁷¹; y sea que la revelación de secretos ilícita provenga a través de los órganos representativos del banco o a través de sus trabajadores, civilmente éste será siempre responsable ante el cliente.

¹⁷⁰ Véanse, principalmente, los artículos 578, 1555, 1556, 1557, 1558, 2314, 2315, 2320, 2325, 2329 y 2331 del Código Civil, aplicables a la figura.

¹⁷¹ Sobre la responsabilidad por violación del secreto bancario hay jurisprudencia italiana (cuyo caso, como sabemos, es muy similar al chileno), y se trata de resarcir los perjuicios que la actitud del banco ocasiona al cliente; véanse, por ejemplo, fallo del *Tribunale Milano*, de 1966, en: *Giurisprudenza Italiana* (1968), I, 2, cols. 565-573, y comentario de MAZZARELLA (n. 44), al mismo.

4. EL SECRETO BANCARIO ANTE LA LEGISLACIÓN LABORAL

La vinculación con el derecho laboral es realmente escasa. Y dice relación fundamentalmente con las obligaciones de los trabajadores de un banco. Es obvio que si en virtud del artículo 20 de la Ley General de Bancos se obliga "a los bancos" a mantener el secreto bancario, el cumplimiento efectivo recaerá sobre las personas que laboran en él, las que frente al Derecho del trabajo se llaman trabajadores.

Creemos que si en los contratos de trabajo que celebren los bancos con sus trabajadores no aparece como causal de expiración de la relación laboral la infracción del secreto bancario, es perfectamente posible para el banco, de igual modo, alegar la expiración inmediata del contrato en virtud de haberse producido una falta de probidad o incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, las que no deben estar necesariamente escrituradas¹⁷².

5. SECRETO BANCARIO Y COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

a) Ante el derecho internacional, el Estado tiene la jurisdicción exclusiva sobre un cierto territorio y sobre las personas establecidas en el mismo; los demás Estados deben respetar los actos soberanos en materias de procedimiento.

La cooperación judicial internacional consiste en prestar su concurso a otro Estado, realizando, a petición y por la puesta en acción del poder del Estado requerido, actos que la autoridad extranjera no puede hacer en razón de la limitación territorial de la soberanía¹⁷³. La cooperación permite a un Estado requirente, y

¹⁷² Véanse artículos 155 y 156 del Código del Trabajo.

¹⁷³ Cfr.: AUBERT, KERNEN y SCHÖNLE (n. 78), p. 325 y siguientes, un amplio análisis de la cooperación judicial internacional en el derecho suizo. Véase, además: SACERDOTI, Giorgio, *Questioni in tema di segreto bancario e legislazione antitrust nei rapporti internazionalli*, en: *Rivista di diritto internazionali privato e procesalli* (1969), pp. 1082-1096 [nota a sentencia de la Corte de Apelaciones de Nueva York: *United States v. First National City Bank*]; AUBERT, Maurice, *Le secret des banques et l'entraide*

para un proceso llevado ante su jurisdicción, obtener del Estado requerido la realización de actos procedimentales. A nosotros nos interesarán estos actos procedimentales solicitados en la medida que tiendan al levantamiento del secreto bancario; y ello, por lo que diremos, es perfectamente posible.

b) Si se revisan los tratados de extradición suscritos entre Chile y otros Estados, en ninguno de ellos hay norma expresa relativa al secreto bancario, o que constituya una excepción en la tramitación de las solicitudes de extradición.

En los tratados de extradición¹⁷⁴ suscritos, por ejemplo, con Bolivia¹⁷⁵, Colombia¹⁷⁶, Ecuador¹⁷⁷, Paraguay¹⁷⁸, Perú¹⁷⁹, Uruguay¹⁸⁰, España¹⁸¹, en fin, con Venezuela¹⁸², se contempla sólo una regla general que eventualmente podría ser aplicada en la materia en la medida en que la ley del país de refugio del sujeto de la extradición admitiera la excepción al secreto bancario para la investigación de los hechos delictivos que le son imputables como causales de la solicitud correspondiente.

c) En los tratados sobre privilegios e inmunidades otorgados a los organismos internacionales y a las representaciones diplomáticas y consulares se contemplan normas que declaran inviolables

judiciaire, en: *Revue pénale suisse* (Berna, 1971), LXXXVII, pp. 113-143; y el mismo, *Quelques aspects de la portée du secret bancaire en droit pénal interne et dans l'entraide judiciaire internationale*, en: *Revue pénale suisse* (Berna, 1984), CI, pp. 167-184.

¹⁷⁴ Vid.: Ministerio de Relaciones Exteriores, *Documentos Internacionales* (Santiago, 1964), vol. V.

¹⁷⁵ Tratado firmado en 1910, y publicado en Diario Oficial de 7 de enero de 1929, artículo XIII.

¹⁷⁶ Tratado suscrito en 1914, y publicado en Diario Oficial de 26 de mayo de 1931, artículo XIII.

¹⁷⁷ Tratado firmado en 1897, y publicado en Diario Oficial de 9 de octubre de 1899, artículo V.

¹⁷⁸ Tratado firmado en 1897, y publicado en Diario Oficial de 13 de noviembre de 1928, artículo V.

¹⁷⁹ Tratado suscrito en 1932, y promulgado por Decreto N° 1.152, de 11 de agosto de 1936, artículo XIII.

¹⁸⁰ Tratado firmado en 1897, artículo XIII.

¹⁸¹ Tratado suscrito en 1895, y publicado en Diario Oficial de 3 de abril de 1897, artículo V.

¹⁸² Tratado firmado en 1962, y publicado en Diario Oficial de 1° de junio de 1965, artículo 13.

los locales de estas entidades y libres de toda injerencia sus bienes y haberes, cualquiera que sea el lugar en que se encuentren y cualquiera que los tenga en su poder. En esta última norma podría fundarse un alegato en favor del secreto bancario en el evento de ser motivo de alguna acción judicial el titular de la inmunidad y siempre que éste haya renunciado a ella. Esta renuncia se contempla, también por regla general, como parte del deber que asiste a la organización, representación o funcionario de colaborar con las autoridades competentes de los Estados huéspedes para facilitar la adecuada administración de justicia y evitar todo abuso en relación con los privilegios e inmunidades. Tal renuncia, por último, es posible si se entiende el tratamiento de excepción otorgado sólo en beneficio de las actividades oficiales del organismo o representación y si la acción intentada en contra del beneficiario incide en un acto o hecho que no tiene tal carácter. Lo señalado está previsto en la casi totalidad de los tratados celebrados por Chile con la Organización de las Naciones Unidas y sus organismos especializados y en las convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares, a cuyo lugar nos remitimos.

d) No obstante lo anterior, hoy existe un ejemplo de una Convención suscrita por Chile, y que hace mención expresa al secreto bancario. Ante el evidente recrudecimiento del tráfico de drogas, se ha celebrado en Viena, Austria, el 20 de diciembre de 1988, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Pues bien, existe aquí una clarísima excepción al secreto bancario. En su artículo 7^o establece que las partes se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a los delitos señalados, estableciendo, sin embargo, a continuación, que: *“las partes no invocarán el secreto bancario para negarse a prestar asistencia judicial recíproca con arreglo a este artículo”*¹⁸³. En otras palabras, en este caso, el secreto bancario cede absolutamente. Pero debe tenerse pre-

¹⁸³ Artículo 7^o N^o 5 de tal Convención, la que fue promulgada por Decreto N^o 543, de 1990, publicado en el Diario Oficial de 20 de agosto de 1990.

sente que cede en virtud de que esta cláusula no contraviene el derecho interno, esto es, gracias a la existencia, hoy, del artículo 20 de la Ley General de Bancos, que consagra el secreto bancario y sus excepciones, dentro de las cuales cabe entonces, perfectamente, esta a que se refiere la convención.

LINEAS JURISPRUDENCIALES
EN MATERIA DE SECRETO BANCARIO

I. INTRODUCCION

a) El análisis de la jurisprudencia ante cualquier materia ha de hacerse a través del seguimiento de líneas jurisprudenciales. No es éste, lamentablemente, el camino más elegido por los comentaristas nacionales de la jurisprudencia. No obstante, destacan en esta correcta metodología dos trabajos que, en las respectivas disciplinas, han pasado a constituirse en clásicos a pesar del corto espacio de tiempo transcurrido desde su publicación; nos referimos a los libros de Etcheberry¹⁸⁴ y Soto Kloss¹⁸⁵. Obviamente, no podemos dejar de reconocer el magisterio que, al respecto, han ejercido los franceses¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Cfr.: ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal en la jurisprudencia. Sentencias años 1875-1982* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª. ed., 1987), 4 tomos.

¹⁸⁵ Cfr.: SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982), 582 pp.

¹⁸⁶ Son célebres las obras francesas especializadas en el comentario de las decisiones jurisprudenciales, normalmente por la calidad de sus comentaristas. Recuérdense, entre otros, y en materia administrativa: HAURIUO, *La jurisprudence administrative (1892-1929)*, 3 vols.; LONG, WEIL, BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (París, Sirey, 1984, 8ª. edición); FAVOREU y PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel* (París, Sirey, 1986, 4ª edición); FRANCK, *Les grandes décisions de la jurisprudence (droit constitutionnel)* (París, PUF, 1978); y, últimamente, LACHAUME, Jean-François, *Les grandes décisions de la jurisprudence: Droit Administratif* (de la colección Thémis dirigida por Maurice

Así, el análisis de sentencias aisladas, si bien no carece del todo de interés doctrinario —y profesional y pedagógico— no ofrece respuestas eficaces al preguntarse de la situación jurisprudencial sobre un determinado tema. Pues el mejor camino para ello es el conocimiento de las grandes líneas jurisprudenciales, el *iter* seguido por tales líneas, sus evoluciones, cambios, retrocesos, etc. Sólo así es posible obtener conclusiones válidas sobre su “doctrina”.

Siguiendo este criterio, lo que se estudiará aquí será el *iter* seguido por la doctrina de nuestros tribunales al ir abordando, a partir de 1980, el tema del secreto bancario.

A continuación reseñaremos brevemente el contenido de cada caso, revisando (cuando es posible) tanto la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones respectiva como la de la Corte Suprema, luego de lo cual efectuaremos, a modo de conclusión, algunas precisiones finales sobre las que, a nuestro parecer, serían las líneas jurisprudenciales marcadas por dichos tribunales en esta materia.

b) La Corte Suprema (y, antes, las Cortes de Apelaciones respectivas, en fallos que también son de interés, según veremos) conociendo de sendos recursos de protección, ha tenido, hasta

Duverger, París, Presses Universitaires de France, 1987). Una variedad y una calidad deseable para cualquier país. Cf., además, nuestra rec. a esta última obra en: *Revista de Derecho Público* XV (Madrid, 1988), 114, pp. 277-278 [también en: *Revista de Derecho Público*, 41-42 (Santiago, 1987), pp. 321-323].

Véase, en España al respecto DIEZ-PICAZO, Luis, *Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo (La jurisprudencia en broma y en serio)*, en: *Revista de Derecho Privado*, XLVIII (1964), pp. 925-936. La aplicación de las líneas jurisprudenciales al estudio de la jurisprudencia ha sido propugnada últimamente por GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español* (Pamplona, Editorial Universidad de Navarra, 1987), 1, p. 323 y ss., donde es posible encontrar no sólo una razonada exposición sobre este criterio, sino también algo inédito en esta materia: las principales sentencias del Tribunal Supremo español que inician líneas jurisprudenciales en la materia de Derecho Administrativo.

Nosotros mismos hemos hecho algo similar con la jurisprudencia española en nuestra serie: *Líneas jurisprudenciales en materia de Derecho minero: I. Dominio público minero*, en: *Revista de Derecho Público*, 116-117 (Madrid, 1989), pp. 845-892; *II. El procedimiento concesional minero*, en: *Revista de Derecho Público*, 118 (Madrid, 1990), pp. 203-239; y, *III. Los derechos mineros*, en: *Revista de Derecho Público*, 119 (Madrid, 1990), pp. 457-501.

ahora, según nuestros antecedentes, seis oportunidades para pronunciarse sobre el tema del secreto bancario.

Estos seis casos son: *Chiofalo*; *Banco O'Higgins*; *Banco de Santiago*; *Gómez Montt*; *Galiano Haensch* y *Sociedad López*.

Los tres primeros casos, esto es, *Chiofalo*, *Banco O'Higgins* y *Banco de Santiago*, a pesar de haberse fallado durante la vigencia de la antigua Acta Constitucional N° 3 (uno es de 1980 y dos de 1981), esto es, antes que comenzase a regir la actual Constitución de 1980, tienen gran interés, pues las normas constitucionales y los fundamentos jurídicos a la luz de los cuales fueron resueltos son, en esencia, los mismos que hoy podrían propugnarse ante cualquier caso similar.

Los tres últimos casos, esto es, *Gómez Montt*, *Galiano Haensch* y *Sociedad López*, son posteriores (de 1987, 1988 y 1989, respectivamente), los que fueron fallados —es obvio— durante la vigencia de la actual Constitución¹⁸⁷.

Todos estos recursos incidieron en la salvaguarda de la garantía constitucional de la privacidad de los documentos privados, la que, según se ha sostenido en este trabajo (*vid supra*), constituye el fundamento jurídico del secreto bancario.

Es importante señalar, en fin, que todos estos casos se originaron en intentos ilícitos dirigidos a conocer antecedentes amparados por el secreto bancario. Los tres primeros, *Chiofalo*, *Banco O'Higgins* y *Banco de Santiago*, se refieren a conflictos entre los interesados en salvaguardar el secreto bancario y el S.I.I., autoridad administrativa ésta de donde provino el intento ilícito. Los dos casos siguientes, *Gómez Montt* y *Galiano Haensch*, se originaron en el uso, o abuso, según se verá, de facultades de la Superintenden-

¹⁸⁷ El Acta Constitucional N° 3, en su art. 10, N° 10, 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".

Por su parte, el texto actualmente vigente del art. 19, N° 5, de la Constitución, de una forma similar, como se ha señalado *supra*, asegura: "La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley".

cia de Bancos e Instituciones Financieras. En el último caso, *Sociedad López*, el intento ilícito provino de un Tribunal de Justicia. En todos ellos la Corte Suprema otorgó protección a los afectados. Este antecedente, desde luego, es importante tenerlo presente al analizar al secreto bancario ante la jurisprudencia.

II. ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Se analizará y comentará brevemente cada uno de los seis casos señalados (y cuyas sentencias se anexan al final, íntegramente, en el apéndice).

1. CASO *CHIOFALO* (CORTE SUPREMA, 19 DE JUNIO DE 1980)¹⁸⁸

a) *Hechos de la causa*

El Director de la Dirección Metropolitana de Santiago del S.I.I., mediante resolución, dispuso "por orden del Director del S.I.I." que un funcionario de ese Servicio practicara el examen de dos cuentas corrientes, una del Banco de Concepción, sucursal Providencia, y otra del Banco Comercial de Curicó, sucursal Santiago, cuya titular era doña Nelly Chiofalo Santini, la recurrente.

Previamente, a los Directores Regionales, por resolución del Director Nacional del S.I.I., se les había delegado la facultad de disponer, por resolución fundada, el examen de las cuentas corrientes bancarias cuando el Servicio se encontrare investigando infracciones a las leyes tributarias sancionadas con pena corporal, debiendo las resoluciones que se dictaren llevar antes de la firma la frase "Por orden del Director".

Este examen de las cuentas corrientes de doña Nelly Chiofalo Santini se decretó, a juicio del S.I.I., en virtud de que el Departamento

¹⁸⁸ Interpuesto primeramente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, quien no lo acogió. Dicho fallo apelado fue revocado por la Corte Suprema. Publicado en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 77 (1980), 2, II, 1, pp. 41-46, y en: *Fallos del Mes*, 259 (1980), 6, p. 148. También lo reproduce íntegramente: PINTO LAVÍN (n. 63), pp. 40-47.

mento Normativo de tal Servicio se encontraba investigando tributariamente a dicha contribuyente y que las investigaciones preliminares habrían arrojado antecedentes para presumir fundadamente que habría incurrido en infracciones sancionadas con pena corporal.

b) *El recurso de protección*

Nelly Chiofalo Santini recurrió de protección ante la Corte de Apelaciones respectiva, en contra de la resolución del S.I.I., pues, a su entender, habría infringido los artículos 1^o de la Ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques, y 62 del Código Tributario, que autorizan al Director del S.I.I. a ordenar el examen de cuentas corrientes, cuya orden no puede ser decretada por el Director de la Región Metropolitana.

La Corte de Apelaciones no entró al fondo del asunto, aduciendo que el territorio nacional se encontraba en situación de emergencia, en virtud del Decreto Ley N^o 1.684, de 1977.

Apelado el fallo, la Corte Suprema rechaza la alegación del tribunal *a quo*, expresando que tal argumentación debe desestimarse por cuanto la protección nada tenía que ver con ese estado, pues se formula, únicamente, respecto de la resolución que autoriza el examen de las cuentas corrientes bancarias, de lo que aún pudiéndose desprender la comisión de un delito tributario, ello de ninguna manera podría afectar a la seguridad de la nación, lo que era muy lógico, por lo demás.

Seguidamente, la Corte Suprema, sin reenviar la causa al Tribunal apelado, entró a conocer y resolver el fondo mismo del asunto, revocando, en definitiva, la sentencia apelada y acogiendo el recurso de protección. Con ello el asunto de fondo se habría conocido y resuelto en única instancia.

c) *Consideraciones de la Corte Suprema*

La discusión no se centró en los fundamentos del secreto bancario, en este caso, de la cuenta corriente, sino en el hecho de que la

medida que decretaba el examen emanaba de una autoridad incompetente.

Así, la Corte Suprema señala que tanto de la historia fidedigna como del tenor literal de la disposición legal invocada por el S.I.I. (art. 62, inc. 2º, Código Tributario), se desprendía, nítidamente, que el examen de las cuentas corrientes bancarias *sólo* puede disponerlo el Director, lo que lo inhabilita para delegar tal facultad. Por lo tanto, dice el Alto Tribunal, la resolución delegatoria no produjo ni podría producir efecto alguno, estando viciada, en este aspecto, desde su comienzo (cons. 5º), agregando (lo que ya hemos recalcado *supra*, en su lugar) que la resolución, fuera del vicio anotado, carecía de fundamentos, y de la indicación de la infracción tributaria investigada y de la disposición legal que sancione con pena corporal (cons. 6º).

De lo que concluye la Corte Suprema que no emanando el decreto que dispone el examen de la única autoridad autorizada para disponerlo, y debiendo, además, concurrir copulativamente los demás requisitos exigidos en el art. 62, inc. 2º, 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" (cons. 8º). Es así como accede al recurso interpuesto y deja sin efecto el decreto del S.I.I. que había autorizado dicho examen.

Este es el voto de mayoría, pues esta sentencia fue acordada contra el parecer de dos ministros (Rivas y Correa), para quienes la medida decretada por el S.I.I. es totalmente ajena al respeto y protección de la vida privada.

Recapitulando, y en cuanto al voto de mayoría, que ciertamente representa, como veremos, una línea jurisprudencial de la Corte Suprema, ésta, sin analizar el fondo del tema, declarando incompetente a la autoridad que dispuso el acto administrativo, evitó la revisión de cuentas corrientes. No obstante, no debe olvidarse cómo el Tribunal invoca por fundamento y garantía vulnerada el respeto y protección a la vida privada y, para este caso, la inviolabilidad de la comunicación privada (en los términos del Acta Constitucional N° 3, vigente a esa época).

En fin, esta actitud de justificar la resolución del caso por otras vías diferentes al fondo mismo del asunto pudiese ser demos-

trativo de que, como ha dicho Soto Kloss, "el juez supremo ha preferido no profundizar en demasía en el llamado 'secreto bancario' "¹⁸⁹, no obstante que, sea como sea, le ha prestado el necesario reconocimiento, fundamentación y defensa a tal institución.

2. CASO *BANCO O'HIGGINS* (CORTE SUPREMA, 2 DE ABRIL DE 1981)¹⁹⁰

a) *Hechos de la causa*

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

De este modo, el S.I.I., con fecha 6 de noviembre de 1980, cursó al Gerente General del Banco O'Higgins, don Luis Marchant Subercasaux, una citación para que concurriera personalmente al Departamento de Investigación de Delitos Tributarios el día 11 de noviembre de 1980, a las 9,30 horas, con los siguientes antecedentes que mencionaba: "vale vista, órdenes de pago o cualquier otra forma de remesa por el señor Juan Rubén Grubsic Ramos y otros, a las personas que se indican: a) Raquel Koren Valdés, ofi-

¹⁸⁹ SOTO KLOSS (n. 185), p. 119.

¹⁹⁰ Interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago, quien no lo acogió. La Corte Suprema acogió la apelación deducida en contra del fallo anterior. Publicado en: *Nueva Gaceta laboral, tributaria, jurídica*, IV (Santiago, 1981), 3, pp. 5-15; en: *Anuario Tributario de Impuestos: Jurisprudencia de Impuestos Internos*, I (Santiago, 1981), pp. 56-78 (se publican, además, los informes y ambas sentencias); en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 78 (1981), II, 1, p. 25 y ss. (fallo Corte Suprema), y en: misma *Revista*, II, 5, pp. 69-76 (considerandos del fallo de la Corte de Apelaciones, no revocados); y en: *Fallos del Mes*, 269 (abril, 1981), sentencia N° 7, pp. 77-85.

Por la importancia del tema, este fallo tuvo amplia difusión periodística, ejemplo de lo cual son los siguientes comentarios de prensa: *El Mercurio*, 6 de enero de 1981; 3 de abril de 1981; 9 de abril de 1981; 20 de abril de 1981; 28 de abril de 1981; *Hoy*, 8 al 14 de abril de 1981, etc.

cina Punta Arenas; b) Francisco Uribe Oyarzún, oficina Puerto Natales; c) otras personas que figuren recibiendo remesas en cualquiera de sus oficinas de parte del señor Juan Rubén Grubsic Ramos”.

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

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

b) *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 S.I.I., de don Iván Moya Santos, y de don Manuel Bustos Rojas, inspectores interinos de dicho Servicio en el Departamento de Investigación de Delitos Tributarios, ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

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

c) *El fallo de la Corte de Apelaciones*

Según la Corte, todas las legislaciones señalan como potestad del Estado la de fijar impuestos y velar por su recaudación, configu-

rándose una función pública específica, que representa el interés de la nación toda. Agrega que “si bien el Código Tributario contempla limitación a las facultades fiscalizadoras, ellas se refieren sólo para investigar hechos sujetos al secreto profesional, a la cuenta corriente bancaria y demás operaciones a que la ley en forma expresa le otorgue el carácter de confidenciales” (cons. 5º).

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

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

d) *El fallo de la Corte Suprema*

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

Recurriendo a la costumbre, y con un desplante a todas luces poco común en nuestro máximo tribunal, indica la Corte Suprema que, “como es público y notorio (...), en este país siempre se ha dado el carácter de confidenciales a las operaciones bancarias, esto es, ha sido la costumbre darle a las operaciones bancarias tal calidad”. Agrega además el Juez Supremo: “que estando, pues, sancionado por la costumbre el secreto bancario ello tiene fuerza de ley debido a que se trata de una cuestión de carácter comercial y en aquellas situaciones del secreto bancario que no estén especialmente excepcionadas, como es el caso de las citaciones reclamadas, debe concluirse que el Código Tributario no ha innovado a su respecto y que rige actualmente la ley de la costumbre, en virtud de lo que dispone el artículo 4º del Código de Comercio, de estimar confidenciales las operaciones bancarias” (cons. 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*”¹⁹¹.

e) *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 podría alcanzar más allá del simple interés particular, para mantener silenciada la divulgación de sólo aquellos hechos cuyo conocimiento puede acarrear perjuicios, injustificadamente, a una persona o a sus bienes; y siempre que tales hechos puedan mantenerse ignorados, sin que su reserva comprometa el Bien Común (cons. 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 diferirse en todas aquellas situaciones en que la conveniencia superior así lo determine (cons. 4^o).

f) *Consideración final*

Esta es la sentencia más importante entre nosotros y que más a fondo ha analizado el tema del secreto bancario; es la única que ha entrado en consideraciones sustanciales sobre el secreto bancario, encontrando primero su fuente en la costumbre y luego su fundamento en la garantía constitucional.

En cuanto al voto de minoría, lamentablemente, a nuestro juicio, su razonabilidad no es tal como la predica si se piensa en la peligrosidad de superponer la razón de Estado, como lo insinúa este voto, cuando, precisamente, el interés público puede consistir

¹⁹¹ *Enfasis nuestro.*

en el respeto a la garantía que fundamenta el secreto bancario. Y así, obviamente lo ha reconocido el voto de mayoría de la Corte Suprema.

En fin, es a partir de este fallo que se asienta esta línea jurisprudencial de reconocimiento al denominado secreto bancario y que sólo se había perfilado en Chiofalo. Luego veremos cómo su consagración en unos años más ya parecerá, por ahora, invariable.

3. CASO *BANCO DE SANTIAGO* (CORTE SUPREMA, 5 DE OCTUBRE DE 1982)¹⁹²

a) *Hechos de la causa*

Con fecha 5 de noviembre de 1980 un inspector del S.I.I. citó al Gerente General del Banco de Santiago, don Fernando Lamadrid Bernal, para que compareciera personalmente al Departamento de Investigaciones de Delitos Tributarios del S.I.I., con fotocopias de la cuenta de ahorro de un cliente de tal banco, 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.

b) *Hábeas corpus*

El gerente del banco señalado recurrió de amparo ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en contra de Felipe Lamarca Claro, Di-

¹⁹² La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de protección en primera instancia, conjuntamente con un recurso de amparo interpuesto el mismo día. El fallo de la Corte Suprema, como veremos, acogió el recurso de protección. Publicaciones, en: *Fallos del Mes*, 275 (octubre 1981), pp. 419 y siguientes; y en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 78 (1981), II, 2, pp. 21 a 31 (fallo de la Corte de Apelaciones), y misma *Revista*, II, 5, pp. 203-207 (fallo de la Corte Suprema). Comentarios periodísticos: *El Mercurio*, 11 de noviembre de 1980; 28 de enero de 1981 y 6 de octubre de 1981.

rector General del S.I.I., y de Bernardo Lara Berríos, jefe del Departamento de Investigación de Delitos Tributarios de dicho Servicio.

Según dicho gerente, las citaciones y apercibimientos constituirían una arbitraria perturbación y amenaza a su derecho a la libertad personal y seguridad individual, ya que, según decía, como él no podría violar el secreto bancario entregando los datos solicitados, el S.I.I. podría solicitar al juez competente apremios personales en su contra.

Este recurso, en definitiva, fue rechazado conjuntamente con el recurso de protección que contra las mismas personas interpuso el banco, por la Corte de Apelaciones, según veremos.

c) *Recurso de protección*

El Banco de Santiago recurre también de protección, sosteniendo que la citación señalada vulneraba, coartaba y perturbaba las garantías constitucionales de la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados consagradas en la Constitución (en ese entonces, en el artículo 1º, N° 10, inciso 2º, del Acta Constitucional N° 3). A juicio del recurrente, esta garantía se veía vulnerada en perjuicio del banco y del cliente, esto es, del titular de la cuenta de ahorros de la especie.

Agrega que esta garantía encuentra una de sus principales consagraciones en el secreto bancario, establecido —desde antes de su reconocimiento legal expreso— en la actividad de los bancos y demás instituciones financieras. Dice el recurrente que, en virtud de dicho secreto, las operaciones bancarias serían reservadas, como norma general, salvo los casos excepcionalísimos y de derecho estricto en que se permite su exhibición, para efectos concretos y precisos.

Señala, en fin, que entre estos casos de excepción no se encontraría el que motiva el recurso.

d) *El fallo de la Corte de Apelaciones*

La Corte de Apelaciones de Santiago reconoce que el secreto bancario tiene su origen en la norma constitucional aludida y en

otras disposiciones del Código de Comercio, derivado esto de la calidad de comerciantes que tendrían los bancos¹⁹³.

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 contenidas en el Código Tributario serían excepciones a la inviolabilidad de los instrumentos privados.

Declara, además, por otra parte, en forma correcta, por lo demás, que el gerente del banco no estaría obligado a guardar el secreto profesional, “ya que dicha reserva se refiere solamente a aquellos profesionales que requieren de título, lo que no sucede con los gerentes de banco, los cuales no requieren de título alguno para ejercer su oficio” (cons. 10^o).

En definitiva, no acoge este recurso la Corte de Apelaciones.

e) *Fallo de la 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 (lamentablemente, para los efectos de nuestro estudio), fallando en favor del recurrente en virtud de otro elemento, no visualizado anteriormente.

En efecto, a juicio de la Corte Suprema, para decidir el asunto sometido a su juzgamiento, no era necesario fijar la atención en el tema del secreto bancario “que ha preocupado tanto al banco recurrente como a los funcionarios informantes”, pues para resolverlo, dice, “basta tener en cuenta que los documentos requeridos por el S.I.I. 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” (cons. 10^o).

¹⁹³ Paradójicamente, en este caso la Corte de Apelaciones de Santiago, quien no acogerá el recurso, reconoce, no obstante, la existencia del secreto bancario y estima que su origen se encuentra en la disposición constitucional que consagra la garantía de privacidad. Estimamos, entonces, este antecedente como de una gran importancia, pues reafirma nuestra apreciación de que la aceptación del secreto bancario, a estas alturas, ya es una línea jurisprudencial en vías de consagración, más allá del éxito del caso que se menciona en esta instancia.

Para nuestro más Alto Tribunal, “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, entonces, que a su parecer, “la citación cuestionada entraña una positiva amenaza de registrar los antedichos documentos privados” (cons. 3^o).

La Corte Suprema fija su atención, entonces, en determinar si el S.I.I. habría 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*. Así, el Tribunal encuentra una “desviación de procedimiento”¹⁹⁴, que viciaba desde un inicio toda la actuación del Servicio.

Lo que perseguía en realidad el S.I.I. mediante estas citaciones era obtener determinados datos para emitir un informe contable que le había sido requerido por un Tribunal, hecho confesado durante el juicio por la misma autoridad administrativa. Ahora, las disposiciones invocadas por el S.I.I. 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 S.I.I. no habría sido legítima, en otras palabras, habría sido ilegal.

Por consiguiente, esta medida constituía una amenaza a la garantía constitucional de la inviolabilidad de los documentos privados, acogiendo este Tribunal el recurso de protección.

4. CASO GÓMEZ MONTY (CORTE SUPREMA, 23 DE MARZO DE 1987)¹⁹⁵

a) *Recurso de protección*

Un particular interpuso un recurso de protección en contra de la resolución de un Juez de Crimen, por cuanto éste habría dado lugar

¹⁹⁴ Cfr. SOTO KLOSS (n. 185), p. 123.

¹⁹⁵ Interpuesto, primero, ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Publicado en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 84 (1987), II, 5, pp.

a una solicitud de una de las partes de un juicio seguido entre terceros, en orden a oficiar a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras para que informara en qué bancos tendría cuenta corriente el particular recurrente¹⁹⁶.

b) *El fallo adverso de la Corte Suprema, sin entrar al fondo*

No obstante, la Corte no entraría a conocer del fondo del asunto, pues, a su juicio, las resoluciones judiciales no serían susceptibles de recurso de protección, por lo cual declara, en definitiva, inadmisibile el recurso de protección. Entonces, en este caso, la Corte no se pronunciará sobre el tema del secreto bancario, pues consideró necesario rechazar, sin más, la posibilidad de recurrir de protección en contra de una resolución judicial¹⁹⁷.

c) *Voto de minoría*

Pero existió aquí un voto de minoría del ministro de la Corte Suprema señor Erbetta, a juicio del cual no debía declararse inadmisibile el recurso, quien estuvo por entrar al fondo del asunto.

Estimó el ministro del voto de minoría que el juez de la causa, al ordenar el oficio de la Superintendencia señalada, “no llegó a amagar el secreto de las cuentas corrientes”, y habría sido ese organismo el que, sin que se le hubiese solicitado, informó al juez acerca del saldo de dichas cuentas, con lo que se habría infringido el secreto de la cuenta corriente establecido en el artículo 1^o de la Ley de Cheques.

30-32. Se reproduce también considerando del fallo de primera instancia, ordenado reproducir.

¹⁹⁶ Solicitud esta bastante común en la práctica, por lo demás; muchas veces son concedidas peticiones como ésta, sin parar mientes que existe detrás un quebrantamiento al secreto bancario.

¹⁹⁷ Tema este de la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de protección contra las resoluciones judiciales, que no corresponde aquí tratar, pero sobre el cual inevitablemente la Corte Suprema tendrá que volver en el último caso que analizamos *infra*: *Sociedad López*.

Recalca, además, este voto de minoría la posibilidad de que el recurrente, como extraño al juicio¹⁹⁸, en que se dispuso el informe, pueda interponer este recurso, el que, entonces, podría haber sido admisible, desde ese punto de vista, pero que no prosperó en este caso pues no era el juez precisamente quien atentaba contra el secreto, sino la Superintendencia, al arrogarse facultades que no poseía.

5. CASO *GALIANO HAENSCH* (CORTE SUPREMA, 12 DE SEPTIEMBRE DE 1988)¹⁹⁹

a) *Origen del asunto*

En noviembre de 1987, el Segundo Juzgado Militar de Santiago dirigió un oficio a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en el siguiente sentido:

“En la causa citada en la referencia (...) se ha decretado oficiar a usted a fin de que se sirva tener a bien disponer se remitan a la brevedad posible todos los antecedentes relativos a cuentas de ahorro, a plazo, corrientes, cuotas en fondos mutuos, y en general de todo depósito o cuenta bancaria cuyo titular sea alguna de las personas que se individualizan en la lista anexa, *que obre en poder de esa Superintendencia*”²⁰⁰.

Pues bien, en seguida, la Superintendencia envió a los bancos e instituciones financieras (al parecer, a todas estas instituciones) una carta-circular del siguiente tenor:

¹⁹⁸ En cuanto a la situación procesal de un extraño al juicio del que proviene el atentado al secreto bancario, lo señalado por este voto de minoría concuerda con lo que hemos señalado *supra*, en su lugar, al estudiar al secreto bancario ante la legislación procesal.

¹⁹⁹ Publicado en: *Gaceta Jurídica*, XIII (1988), 99, pp. 19-22, y en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1988), II, 5, pp. 232-237.

²⁰⁰ Énfasis nuestro. Vid., *infra*, voto de minoría del fallo de la Corte Suprema en este caso.

“Con el objeto de atender oportunamente un requerimiento judicial, sírvase informar a la mayor brevedad, dentro de un plazo máximo de 10 días hábiles bancarios contados desde esta fecha, si las personas que seguidamente se individualizan mantienen cuenta corriente, cuentas de ahorro, depósitos a plazo u otros valores en esa entidad”.

A raíz de esta carta-circular, José Galiano Haensch, entre otros, de las personas a que se refería tal carta, interpone recurso de protección en contra de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

b) *Fallo de la Corte de Apelaciones*

La Corte de Apelaciones de Santiago, en su fallo, estimó que la ley no facultaba a la Superintendencia para acceder a requerimientos como el que le hizo el Juzgado Militar, y que no se encontraba este caso entre los que se podía solicitar aquellas informaciones a que se refiere el Decreto Ley N^o 1.097, Ley Orgánica de la Superintendencia, ni se ajustaba este proceder al artículo 20 de la Ley General de Bancos.

Así, para el Tribunal, al ordenar la Superintendencia a sus destinatarios que le informasen si determinadas personas mantienen cuentas corrientes, de ahorro, etc., “les está exigiendo, implícitamente, que le informen si existen actualmente en su poder dineros recibidos de dichas personas (...) antecedentes que según el artículo 20, inciso 1^o de la Ley General de Bancos, sólo pueden proporcionarse a los titulares de esas cuentas o depósitos”.

En fin, por este y otros motivos que señala el fallo, la Superintendencia al enviar esta carta-circular había actuado sin facultad legal, infringiendo el artículo 20 de la Ley General de Bancos, “circunstancias que —según la Corte de Apelaciones— permiten calificar esa carta-circular como un acto ilegal”. Además, estima el fallo que dicha carta-circular habría amenazado el legítimo ejercicio del derecho que el artículo 19, N^o 5, de la Constitución reconoce a todas las personas, consistente en la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, agregando: “carácter que tienen los documentos que dan cuenta o dicen relación con opera-

ciones bancarias celebradas por ellos”, con una evidente muestra de la vinculación del secreto bancario con esta garantía constitucional, como toda la línea jurisprudencial que analizamos habría sostenido hasta aquí.

En virtud de lo señalado, se acoge el recurso y se dispone que la Superintendencia debía abstenerse de informar al juzgado militar señalado.

Como nota final a este fallo, si bien sería posteriormente revocado, hay en él importantes precisiones en lo tocante a la construcción general de la figura del secreto bancario. Así, es importante rescatar aquel razonamiento impecable de que al preguntarse a un banco por cualquier operación de un cliente, implícitamente, se está solicitando saber si hay fondos, lo que siempre, entonces, será un atentado al secreto bancario, en los términos definidos en el artículo 20 de la Ley General de Bancos. Además, debe rescatarse aquella conclusión que incluye dentro de la garantía constitucional todos aquellos documentos que dan cuenta de operaciones bancarias o, lo que daría lo mismo, todo lo resguardado por el secreto bancario está, a su vez, resguardado por la garantía constitucional. En fin, desde el punto de vista de la construcción jurídica del secreto bancario, es éste un fallo notable.

c) *Fallo de la Corte Suprema*

Apelado aquel fallo, la Corte Suprema, en un fallo dividido, por las razones que diremos, lo revoca, rechazando así los recursos de protección.

De acuerdo a los términos del Alto Tribunal, el caso debía haberse analizado desde la perspectiva del artículo 73 de la Constitución²⁰¹, y, a su juicio, a la Superintendencia no le quedaba otro camino que obedecer tal mandato judicial proveniente del Tribunal Militar, so pena de desacato. De paso, señala que no es

²⁰¹ Tal artículo señala, en lo pertinente: “La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley (...).”

La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución de que se trata”.

posible admitir, por esta vía de la protección, recurrir en contra de una resolución judicial, doctrina que será modificada posteriormente por el mismo Tribunal Supremo, para lo cual, entre otros, véase *infra* el caso *Sociedad López*.

Así, separándose, por primera vez, de la clarísima línea jurisprudencial que reconocía la vinculación de la garantía constitucional de la inviolabilidad de los documentos privados con el secreto bancario, la Corte Suprema, en fallo dividido²⁰², estimó que la carta-circular de la Superintendencia no era ni ilegal ni arbitraria. En fin, un fallo lamentable, al cual no dedicaremos más comentarios, pues nos los ahorran los realizados hasta aquí.

d) *El voto de minoría*

Los ministros Ramírez y Zurita estuvieron por confirmar el fallo apelado, siguiendo de este modo la clarísima línea jurisprudencial que estamos exponiendo, y agregando, además, que la Superintendencia había excedido el mandato del Tribunal Militar al enviar dicha carta-circular, pues solamente se le habían solicitado los antecedentes "que obran en poder de esa Superintendencia", de acuerdo a los términos del oficio de tal juzgado.

En fin, por lo menos dos ministros del Alto Tribunal siguen la línea jurisprudencial que, con tanta soltura, había iniciado la propia Corte Suprema en 1980 con la sentencia del caso *Chiofalo*, y la más importante del caso *Banco O'Higgins*, de 1981.

6. CASO *SOCIEDAD LÓPEZ* (CORTE SUPREMA, 19 DE ENERO DE 1989)²⁰³

a) *El decreto de un Juez de Menores*

Ante un Juzgado de Menores se ventilaba una acción alimenticia, dirigida a establecer una pensión que gravaría, en carácter de ali-

²⁰² Y sólo suscrito el voto de mayoría por los Ministros Erbetta, Letelier y el abogado integrante Cousiño.

²⁰³ Publicado en: *Gaceta Jurídica*, XIV (1989), 103, pp. 22-23, y en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 86 (1989), II, 5, pp. 1-4, con una breve nota de Eduardo Soto Kloss.

mentante, a don Enrique López Riera. El demandado, por su parte, era socio de una empresa denominada Sociedad Manuel López Corces Hijos y Compañía Limitada.

Ante una solicitud de los alimentarios, la titular de tal Juzgado de Menores dispuso oficiar a los bancos en los que tenía cuenta corriente, entre otros, la Sociedad Manuel López Corces Hijos y Compañía Limitada, a fin de que informasen “el saldo de sus respectivas cuentas corrientes (...) al día 30 de cada mes a contar del 30 de junio de 1986 hasta el 30 de junio de 1987”.

b) *El recurso de protección en la Corte de Apelaciones*

La sociedad mencionada recurrió, entonces, de protección en contra del decreto de la Juez de Menores, señalando como infrin-gido el artículo 20 de la Ley General de Bancos y vulnerada, a consecuencia de ello, la garantía establecida en el artículo 19, Nº 5, de la Constitución.

La Corte de Apelaciones no acogió el recurso pues estimó que no era posible conceder una protección en contra de una resolución judicial que, para los juzgadores, no resultaba ilegal o arbitraria ni había una perturbación, privación o amenaza de la garantía de inviolabilidad de toda forma de comunicación pri-vada establecida en el artículo 19, Nº 5, de la Constitución.

En otras palabras, la Corte de Apelaciones no visualizó vio-lación alguna al secreto bancario, lo que, como veremos, será apre-ciado plenamente por la Corte Suprema.

c) *La Corte Suprema*

El Alto Tribunal, no obstante el fallo de la Corte de Apelaciones, visualizará —en forma muy correcta, por lo demás— cómo se había violado el secreto bancario a través de una resolución judicial que, por esta razón, a su juicio, resultaba ilegal.

Discrepa, eso sí, de la fundamentación legal del recurso, señá-lando la Corte Suprema que el asunto debía regirse por el artículo 1º de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, que es el estatuto especial para dichas cuentas corrientes, y en lo relativo

a su secreto, lo que es plenamente correcto (véase *supra*, este trabajo). De acuerdo a su texto:

“Los Tribunales de Justicia podrán ordenar la exhibición de determinadas partidas de la cuenta corriente en causas civiles y criminales seguidas con el librador”.

De este modo, la Corte Suprema concluye, enfáticamente, “*que la referida resolución es manifiestamente ilegal*”, porque no se ajustaba a la norma legal recién citada por nosotros. En efecto, recuerda el Alto Tribunal, la exhibición no se refería a determinadas partidas ni se dirigía a la persona demandada en la causa de alimentos, como lo exige tal norma legal.

Agrega, a continuación, algo muy importante la Corte Suprema, en el sentido de fijar los límites de la reserva, haciéndolo en forma muy amplia, al señalar que:

“La estricta reserva impuesta a los bancos (...) hace que lógicamente los instrumentos en que constan la existencia del contrato de cuenta corriente, los depósitos, giros y demás operaciones que le son propias, deben asimilarse a los ‘documentos privados’ comprendidos en la garantía de inviolabilidad contemplada en el N° 5 del artículo 19 de la Constitución”.

Todo ello hace que la Corte disponga dejar sin efecto la resolución judicial que había ordenado informar por los respectivos bancos de los saldos de cuentas corrientes de que es titular la referida sociedad.

III. COMENTARIOS FINALES

Finalmente, debe recalcar, como decíamos *supra*, que la Corte Suprema ya ha reconocido, en una línea jurisprudencial ya consagrada, la plena validez del secreto bancario, aún antes de su con-

cretización legislativa²⁰⁴, y el resguardo que le presta la garantía constitucional de la privacidad de los documentos privados.

a) En el primer caso, *Chiofalo*, no obstante que la Corte Suprema 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*, indudablemente el más interesante desde el punto de vista doctrinario, la Corte Suprema marca ahora 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 del banco por estimar que el S.I.I. había perturbado el ejercicio de la garantía constitucional a la privacidad.

c) En el caso *Banco de Santiago*, la Corte Suprema, sin referirse expresamente al secreto bancario, acoge, sin embargo, el recurso porque nuevamente estaba siendo amenazada dicha garantía constitucional.

d) En el caso *Gómez Montt* la Corte Suprema no entraría al fondo del asunto, pero sí encontramos en el voto de minoría una aceptación expresa del secreto bancario, y al estimar admisible

²⁰⁴ Es éste un fenómeno similar al ocurrido en Italia hace dos décadas (y de ahí la importancia que le hemos dado a la doctrina de los autores de dicho país, y a su jurisprudencia, lo que, a nuestro juicio, debiera ser profundizado en futuros trabajos de autores o memoristas chilenos). Cfr. en GIANNATASIO, Carlo, *Vent'anni di giurisprudenza sui contratti bancari (1942-1961)* [segreto bancario: § 5 y 6], en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1962), XXV, I, pp. 101-128, un análisis de la fuente y de los límites del secreto bancario, y cómo se fueron delineando en un esfuerzo conjunto de la jurisprudencia y de la nutrida doctrina (muy lejos de nuestra realidad, por cierto) que fue creándose en su torno. Un camino que recién se inicia en Chile. La primera decisión jurisprudencial italiana sobre el tema del secreto bancario, y ante un panorama legislativo que no le reconocía existencia expresa (como fue en Chile hasta 1986), fue en 1974 cuando la *Corte di Cassazione* señaló: "Sobre la base de una práctica constantemente seguida, en orden al respeto del llamado 'segreto bancario', se ha formado un uso vinculante como fuente de derecho". Cfr. su texto íntegro en: *Banca, borsa e titoli di credito* (1974), 2, pp. 385-391; en: *Il foro italiano* (1975), 2, 1, c. 1451-1472, y en: *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, LXXIII, 1-2 (1975), pp. 39-54, y notas de MOLLE, MAZACUVA y SECCHI TARUGI, citadas en n. 35.

el recurso hay también en este voto una aceptación implícita de una garantía constitucional vulnerada, y que no puede ser otra que la privacidad de los documentos privados.

e) En el caso *Galiano Haensch* hay un retroceso de la línea jurisprudencial en el fallo de mayoría de la Corte Suprema. No obstante, en el voto de minoría y, antes, en el fallo de la Corte de Apelaciones, existe un reconocimiento de la vinculación del secreto bancario (a estas alturas, ya concretizado legalmente) con la garantía de la inviolabilidad de los documentos privados.

f) Y, en el caso *Sociedad López*, la Corte Suprema, consagrando, junto a otros casos relevantes, una línea jurisprudencial adicional, al abrir la brecha del recurso de protección en contra de las resoluciones judiciales, y de paso, en este caso, brinda protección a una violación al secreto bancario, proveniente de un decreto de un juez, basado en la violación de la garantía constitucional de la privacidad de la documentación privada.

APENDICE JURISPRUDENCIAL

Por su interés, se incluyen en este apéndice los siguientes fallos²⁰⁵

- 1) CASO *CHIOFALO*: Corte Suprema, 19 de junio de 1980, reproducido de: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 77 (1980), II, 1, pp. 41-46.
- 2) CASO *BANCO O'HIGGINS*: Corte Suprema, 2 de abril de 1981, reproducido de: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 78 (1981), II, 5, pp. 69-76.
- 3) CASO *BANCO DE SANTIAGO*: a) Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de enero de 1981, reproducido de: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 78 (1981), II, 2, pp. 21-31; b) Corte Suprema, 5 de octubre de 1981, reproducido de: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 78 (1981), II, 5, pp. 203-207.
- 4) CASO *GÓMEZ MONTT*: Corte Suprema, 23 de marzo de 1987, reproducido de: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 84 (1987), II, 5, pp. 30-32.
- 5) CASO *GALLANO HAENSCH*: Corte Suprema, 12 de septiembre de 1988, reproducido de: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 85 (1988), II, 5, pp. 232-237.

²⁰⁵ Los que, además, han sido someramente analizados *supra*, en la Tercera Parte de este trabajo.

6) CASO *SOCIEDAD LÓPEZ*: Corte Suprema, 19 de enero de 1989, reproducido de: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 86 (1989), II, 5, pp. 1-4.

CHIOFALO SANTINI, NELLY

(recurso de protección)

Recurso de protección (cuentas corrientes bancarias) – Cuentas corrientes bancarias (recurso de protección) – Examen de cuentas corrientes bancarias y cheques (recurso de protección) – Secreto bancario (recurso de protección) – Resolución de director zonal de Impuestos Internos (recurso de protección) – Funcionario competente para decretar examen de cuenta corriente bancaria (recurso de protección) – Estado de emergencia (recurso de protección).

DOCTRINA.— Es procedente el recurso de protección interpuesto en contra de la resolución del Servicio de Impuestos Internos que autoriza el examen de una cuenta corriente bancaria y del cual podría desprenderse la comisión de un delito tributario, ya que nada tiene que ver la circunstancia de encontrarse el territorio nacional en situación de emergencia.

De la letra misma y de la historia fidedigna del establecimiento del inciso 2º del artículo 62 del Código Tributario antiguo, cuyo texto es exactamente idéntico al mismo inciso de igual artículo del actual, aprobado por el Decreto Ley 836, de 1974, se desprende nitidamente que el examen de las cuentas corrientes bancarias sólo puede disponerlo el Director General de Impuestos Internos, sin que pueda delegar dicha facultad en los Directores Regionales y en el Jefe de Investigaciones de Delitos Tributarios.

En consecuencia, frente a la resolución del Director Metropolitano de Santiago del señalado organismo, actuando por orden del Director General, que dispone el examen de las cuentas corrientes bancarias de un contribuyente, procede acoger el recurso de

protección interpuesto en su contra y dejarla sin efecto, por cuanto vulnera la garantía constitucional del respeto y protección a la vida privada y a la honra de las personas, contenida en el artículo 1º, Nº 10 del Acta Constitucional Nº 3.

Conociendo del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia que rechazó el recurso de protección,

LA CORTE

Vistos:

1º) Que la improcedencia del recurso de protección declarada en esta causa por una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, en virtud de lo prevenido en el Decreto Ley 1.684, dictado en ejercicio del Poder Constituyente, por encontrarse el territorio nacional en situación de emergencia, debe desestimarse por cuanto la impetrada 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 podría desprenderse la comisión de un delito tributario, lo que en manera alguna afecta ni puede afectar a la seguridad de la nación;

2º) Que declarada la improcedencia, el Tribunal de la instancia pudo omitir —como lo hizo— todo otro pronunciamiento acerca de la petición que se le formuló, ya que habría resultado incompatible con el anterior, por lo que esta Corte Suprema puede entrar a conocer y resolver, con ocasión del recurso de apelación deducido, del fondo mismo del asunto;

3º) Que el artículo 61 del Código Tributario ratificó la norma contenida en la Ley de Bancos acerca de la reserva de las cuentas corrientes bancarias, salvo disposición en contrario;

4º) Que el artículo 62 del mismo Código, en el inciso 1º de su texto actual, expresado en el Decreto Ley 830, de 1974, ratificó la facultad de la Justicia Ordinaria para ordenar el examen de dichas cuentas en el caso de procesos por delitos que digan relación con el cumplimiento de obligaciones tributarias, y en su inciso 2º del mismo texto, dispuso lo siguiente: “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”. Este inciso 2º tuvo su origen en la Ley 17.073, que lo agregó como inciso nuevo al artículo 62 del antiguo Código Tributario por el artículo 5º, Nº 11. Y por el artículo 8º de la misma Ley 17.073, se facultó al Presidente de la República para fijar el texto coordinado, sistematizado y refundido del Código Tributario, para lo cual podrá refundir en un solo cuerpo legal el Decreto con Fuerza de Ley Nº 190, de 5 de abril de 1960 y sus modificaciones posteriores, incluidas las de la presente ley. El Presidente de la República usó de esta facultad mediante el Decreto Supremo Nº 2.763, publicado en el Diario Oficial de 13 de junio de 1970 y en él se incluyeron, con la misma redacción con que figuran en el actual Decreto Ley 830, de 1974, tanto el artículo 62 inciso 2º como el artículo 6º letra A Nº 3, que establece que dentro de las facultades que las leyes confieren al Servicio corresponde al Director de Impuestos Internos “autorizar a los Subdirectores, Directores Regionales o a otros funcionarios para resolver determinadas materias o para hacer uso de algunas de sus atribuciones, actuando “por orden del Director”. La disposición contemplada en esta letra A Nº 3 del artículo 6º es de fecha anterior a la Ley 17.703, así como también lo es la contemplada en la letra g) del artículo 7º del Decreto Supremo Nº 2, que contiene el Estatuto Orgánico del Servicio de Impuestos Internos, publicado en el Diario Oficial de 16 de mayo de 1963, que al fijar las atribuciones, responsabilidades y obligaciones del Director le da la de “autorizar a los Subdirectores, Directores Regionales o a otros funcionarios para resolver determinadas materias o para hacer uso de algunas de sus atribuciones, actuando ‘por orden del Director’, en forma amplia, sin otras limitaciones que las que determine el propio Director”;

5º) 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, aprobado por el Decreto Ley 830, de 1974, da cuenta que cuando se trató en la sesión del Senado de la República de 22 de noviembre de 1968 se produjo el siguiente debate que, en lo pertinente, se reproduce: el señor Noemí expresó: “Vale decir, tal facultad no

puede ser ejercida por un funcionario, un inspector, un contador o un Director Zonal del Servicio, sino *sólo* por el Director General de esa Repartición”. El señor Von Mühlbrock acotó: “También puede ejercerla un Director Regional”. El señor Noemí precisó: “El precepto dice claramente ‘Director’. Con ello se significa que *sólo* podrá otorgarla el Director General”. Y el señor Aylwin, por su parte, expresó: “El precepto es bastante preciso en cuanto autoriza *sólo* al Director General del Servicio para hacer uso de tal facultad, la que *sólo* se ejercerá en la investigación de infracciones tributarias sancionadas con pena corporal”. De la letra misma de la disposición y de su historia fidedigna, a la que puede recurrirse por la identidad de los textos antiguo y nuevo, se desprende, nítidamente, que el examen de las cuentas corrientes bancarias *sólo* puede disponerlo el Director, 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 sustituye 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. Se hace constar que en el Decreto en contra del cual incide la protección se señala como fecha de la Resolución 147, el 16 de agosto de 1976;

6^o) Que el examen de las cuentas corrientes que doña Nelly Chiofalo Santini mantiene en el Banco de Concepción, oficina de Providencia, y en el Banco Comercial de Curicó, fue decretado por el Director Metropolitano de Santiago, actuando “por orden del Director”, 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. Esta resolución, fuera del vicio anotado, carece, además, de fundamentos y la indicación de cuál infracción tributaria se investiga y qué disposición le sería aplicable de las que la ley sanciona con pena corporal;

7º) Que el artículo 1º Nº 10 del Acta Constitucional Nº 3 garantiza 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 otra forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse, en los casos y formas determinados por la ley. Y el artículo 2º dispone que el que por causas u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de esta garantía y otras que el Acta señala, puede ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la Autoridad o los Tribunales correspondientes;

8º) 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 2º 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, derecho que procede resguardar accediendo el recurso interpuesto y dejando sin efecto el decreto del Director Metropolitano de Santiago que autorizó dicho examen.

Por estas consideraciones, disposiciones constitucionales y legales citadas y conforme, además, con el Auto Acordado de esta Corte Suprema publicado en el Diario Oficial de 2 de abril de 1977, se revoca la resolución apelada de 9 de abril de 1980, pronunciada por una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, y se declara que se acoge el recurso de protección interpuesto por don Jaime Figueroa Araya, a nombre de doña Nelly Chiofalo Santini, y que se deja sin efecto la resolución Nº 502, de 11 de marzo de este año, dictada por el Director Regional Metropolitano de Santiago del Servicio de Impuestos Internos.

Acordada contra el voto de los Ministros señores Rivas y Correa, quienes estuvieron por desechar el recurso de protección interpuesto conforme al fundamento primero del fallo de mayoría

y declarar que debía cumplirse la resolución N° 502, de 11 de marzo de 1980, que en copia rola a fs. 1, por las siguientes razones:

1º) Que el recurso de protección deducido por el abogado don Jaime Figueroa Araya, en representación de doña Nelly Chiofalo Santini, se fundamenta en que el Director de la Dirección Regional Metropolitana de Santiago, del Servicio de Impuestos Internos, don James Davis Ruczinski, por resolución N° 502, de 11 de marzo de 1980, ordenó la revisión de la cuenta corriente bancaria de su representada, con abierta infracción de diversas normas legales, entre las que se cuentan el artículo 1º de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques que establece su estricta reserva respecto de terceros, con la excepción de que los Tribunales de Justicia pueden ordenar la exhibición de determinadas partidas en causas civiles y criminales seguidas contra el librador, y también con la excepción del artículo 62 del Código Tributario referentes a la Justicia Ordinaria y al Director de Impuestos Internos que, en casos excepcionales, pueden ordenar el examen de dichas cuentas. De suerte que dicha revisión no puede ser decretada por el Director de la Región Metropolitana.

2º) Que el artículo 6º del Código Tributario dispone que, entre otras atribuciones, corresponde al Director de Impuestos Internos: “3º Autorizar a los Subdirectores Regionales o a otros funcionarios para resolver determinadas materias o para hacer uso de alguna de sus atribuciones, actuando ‘por orden del Director’, precepto que se establecía con idéntica redacción en el Código Tributario contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 190, de 25 de marzo de 1960”.

De la lectura del texto que se acaba de transcribir, aparece que el Director de Impuestos Internos está facultado:

- a) Para autorizar a los Subdirectores, Directores Regionales o a otros funcionarios para resolver determinadas materias; y
- b) Para autorizar a estos mismos funcionarios para hacer uso de algunas de sus atribuciones, actuando “por orden del Director”.

Es interesante destacar que no se faculta al Director para delegar atribuciones en determinados casos ni en algunos casos, sino que se le faculta para autorizar a aquellos funcionarios “para resolver determinadas materias” y “para hacer uso de algunas de sus atribuciones”.

En la última situación, delega su facultad creativa de ordenar la inspección de cuentas corrientes bancarias que le confiere el inciso 2º del artículo 62 del Código Tributario, y el Director Regional, a quien autoriza o en quien delega esta facultad suya, tiene derecho para crear, ordenar o disponer la inspección de la cuenta.

3º) Que, por tanto, concedida la autorización, no es el Director de Impuestos Internos el que deba determinar la cuenta corriente bancaria que debe ser examinada y después delegar su examen en los Directores Regionales, sino que son éstos los que la deciden, crean o disponen, actuando "por orden del Director"; delegación o autorización que no puede ponerse en duda ante el claro texto del Nº 3º de la letra a) del artículo 6º del Código Tributario.

De tal modo que la revisión de la cuenta corriente puede disponerla el Director y, además, los Directores Regionales u otros funcionarios autorizados por el Director para hacer uso de algunas de sus atribuciones, entre las que se cuenta la de ordenar la revisión antedicha.

4º) Que, abundando en el tema, el artículo 62 del Código Tributario establecido por el Decreto con Fuerza de Ley Nº 190 de 1960, disponía: "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"; precepto que, por su simplicidad, no origina preocupaciones de interpretación.

Pero este artículo, como lo establece la sentencia de mayoría, fue modificado por la Ley 17.073, de 31 de diciembre de 1968, por el Nº 11 del artículo 5º, agregándole el actual inciso 2º que dice: "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".

Pero la ley modificatoria no contiene precepto ni exposición de motivos que contradigan lo sostenido en este voto, porque sólo se limitó a introducir la modificación señalada, de modo que su texto debe ser interpretado de acuerdo con las normas generales, siendo la más importante la consignada en el artículo 9º del Código

Civil, que acude, en primer lugar, al tenor literal de la ley, que no puede despreciarse para consultar su espíritu.

5º) Que el referido inciso segundo dispone, como ya se ha dicho, que el “Director podrá *disponer*” el examen de las cuentas corrientes bancarias y disponer, según el Diccionario de la Lengua, en la acepción que corresponde al caso, significa: “deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse”. De tal modo que sólo el Director, usando de esta atribución, puede ordenar el referido examen.

Ningún otro funcionario tiene facultad originaria para disponerla u ordenarla, pues ésta es una facultad como aquellas que el artículo 6º del Código Tributario confiere al Director, como lo corrobora el mismo precepto, que después de enumerar facultades del Director y Directores Regionales, el inciso 2º del Nº 10 dispone: “Sin perjuicio de estas *facultades*, el Director y los Directores Regionales tendrán también las que les confieren el presente Código, el Estatuto Orgánico del Servicio y las leyes vigentes”.

En la discusión del inciso 2º del artículo 62, así también se entendió y lo resumió el señor Aylwin al expresar: “El precepto es bastante preciso en cuanto autoriza sólo al Director General del Servicio para hacer uso de tal facultad, la que sólo se ejercerá en la investigación de infracciones tributarias sancionadas con pena corporal”.

Tal como se ha sostenido, sólo en el Director radica originariamente esta facultad, siéndole vedado a otros funcionarios ordenar la revisión de cuentas corrientes bancarias, salvo que el Director le haya delegado la facultad de hacerlo.

6º) Que la ley no ha expresado que la revisión de la cuenta corriente dispuesta por el Director deba ser realizada sólo por éste, y no podía decirlo sin modificar otros preceptos que no han sido alterados.

7º) Que el artículo 61 del Código Tributario 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”; secreto que respecto de la cuenta corriente

se contempla también en el artículo 1º de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques.

Pero el inciso 1º del artículo 62 del mismo Código contempla una primera excepción a este mandato, estableciendo 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” y en el inciso que le sigue, contempla una segunda excepción al ordenar: “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”. Y de acuerdo con el Nº 1 del artículo 8º del mismo cuerpo legal, se entiende por tal al Director de Impuestos Internos.

8º) Que el artículo 6º del aludido Código Tributario dispone que corresponde al Director de Impuestos Internos, entre otras atribuciones: “Autorizar a los Subdirectores, Directores Regionales o a otros funcionarios para resolver determinadas materias o para hacer uso de alguna de sus atribuciones, actuando ‘por orden del Director’; y ya se ha expresado que entre las atribuciones de éste, o sea, entre ‘cada una de las facultades que a una persona da el cargo que ejerce’ (Diccionario de la Lengua), el Nº 3º contempla la de ‘Autorizar a los Subdirectores, Directores Regionales o a otros funcionarios para resolver determinadas materias *o para hacer uso de alguna de sus atribuciones, actuando por ‘orden del Director’*, y se ha consignado que entre las atribuciones del Director figura la de disponer el examen de las cuentas corrientes bancarias’ ”.

9º) Que según consta de la copia autorizada corriente a fs. 132, el Director Nacional de Impuestos Internos, don José Manuel Beytía Barrios, por resolución Nº 47, de 22 de julio de 1976, delegó en los Directores Regionales y en el Jefe del Departamento 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 corporal, debiendo las resoluciones que se dicten llevar antes de la firma la frase “Por orden del Director”.

Y fue minucioso, pues dispuso que las resoluciones que dicten los delegatarios deberán expresar que se expiden en virtud de la resolución delegatoria que se acaba de señalar.

10º) Que el Director Regional Metropolitano, por resolución N° EX 502, de 11 de marzo de 1980, que en copia aparece incorporada a fs. 1, que reúne todos los requisitos dispuestos por el Director Nacional en la mencionada resolución N° 147, y usando la fórmula “Por orden del Director”, dispuso que el funcionario don Luis Picarte Díaz, de dotación del Grupo N° 3 de la Subdirección de Operaciones, practicara el examen de las cuentas corrientes N°s. 10.020888-7 del Banco de Concepción, Sucursal Providencia, y 32.7287-8 del Banco Comercial de Curicó, ambas oficinas de Santiago, cuya titular es la reclamante doña Nelly Chiofalo Santini.

11º) Que, de consiguiente, la medida adoptada por el Servicio de Impuestos Internos ha sido absolutamente legal y no atenta contra el respeto y protección de la vida privada, ni la honra de la peticionaria, ni de su familia —fundamento del recurso de protección—, porque la medida decretada es totalmente ajena a aquellos bienes jurídicos, 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.

12º) Que aún más, es digno de observar que el artículo 1º de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, dispone que “La cuenta corriente bancaria es un contrato a virtud del cual un banco se obliga a cumplir las órdenes de pago de otra persona hasta concurrencia de las cantidades de dinero que hubiere depositado en ella o del crédito que se haya estipulado”, contrato con causa y objeto lícitos y que cuando se celebra no afecta a la vida privada ni al honor del librador, pero cuando, por excepción el Estado, por intermedio del Servicio de Impuestos Internos desea conocer el movimiento de este contrato, no por mera curiosidad, sino para la investigación de infracciones tributarias, la parte se siente afectada en su honor y en su vida privada, y pide ser protegida; lo que resulta de todo punto inadmisibles.

Redactó el fallo el abogado integrante señor Rencoret, *Rafael Retamal L., V. Manuel Rivas del Canto, Enrique Correa L., Enrique Urrutia M. y Raúl Rencoret D.* No firma el Ministro Sr. Rivas, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por encontrarse con licencia.

**BANCO O'HIGGINS CON DIRECTOR NACIONAL
DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS**

(recurso de protección)

Petición de antecedentes a Banco por parte del Servicio de Impuestos Internos bajo apercibimiento de apremios – Sanciones de multa por incumplimiento de obligaciones de proporcionar antecedentes – Secreto bancario – Valor de la costumbre comercial (art. 4º, Código de Comercio) – Apremios personales (competencia del juez ordinario) – Derechos fundamentales agraviados (respeto y protección a la vida privada, comunicaciones y documentos privados, Acta Constitucional Nº 3, art. 1, Nº 10; derecho de dominio amenazado por aplicación de multa ilegal y arbitraria art. 1, Nº 16) – Medidas de protección: deja sin efectos citaciones dirigidas a gerente de Banco para comparecer al Departamento de Delitos Tributarios del S.I.I. con determinados antecedentes de contribuyentes; y acta de denuncia por infracciones al Código Tributario (art. 97, Nº 15).

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

El secreto bancario es sin perjuicio de las atribuciones del S.I.I. para ocurrir a la justicia ordinaria con el objeto de que investigue lo que corresponda para establecer la existencia de los delitos que se denuncien.

LA CORTE

Se reproducen la parte expositiva y los fundamentos primero a cuarto, inclusive, de la sentencia apelada.

Y teniendo, además, presente:

1º) Que, según establece el artículo 61 del Código Tributario, los preceptos de ese 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, salvo disposición en contrario, o sea, dicho Código no altera las normas vigentes en tres situaciones: primero, las relativas a secreto profesional; segundo, tratándose de la reserva de la cuenta corriente bancaria, y; tercero, las demás operaciones a que la ley les da carácter confidencial.

2º) Que, como es público y notorio, y así lo han afirmado tanto el Superintendente de Bancos como el Director de Impuestos Internos, conjuntamente, en Circular de 10 de abril de 1929, que corre a fojas 26, en este país, siempre se ha dado el carácter de confidencial a las operaciones bancarias, esto es, ha sido la costumbre darles a las operaciones bancarias tal calidad;

3º) Que, al efecto, en la Circular mencionada se agrega: “La obligación del secreto bancario no está consagrada por disposición alguna expresa en nuestros Códigos, pero se deriva de todo el sistema legal y es una de las consecuencias del derecho de propiedad”;

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

5º) Que, por lo dicho, no se puede aplicar al caso reclamado en el inciso penúltimo del artículo 60 del Código Tributario como tampoco los preceptos relativos a obligaciones personales

del contribuyente, ni los artículos 83 y 84 que son excepciones que obligan a los bancos a proporcionar los antecedentes específicamente mencionados en dichos preceptos y, por lo demás, referentes a otros particulares, distintos de los que sirvieron de fundamento a las citaciones que han motivado el recurso;

6º) Que todo lo expuesto es sin perjuicio de las atribuciones de Impuestos Internos para ocurrir a la justicia ordinaria con el objeto de que investigue lo que le corresponda para establecer la existencia de los delitos que se denuncien.

Por estas consideraciones y disposiciones legales citadas y atendido también lo prescrito en el Auto Acordado de esta Corte, de 29 de marzo de 1977, se revoca la sentencia apelada de 29 de diciembre último, escrita a fojas 74, se declara que se acoge el recurso de protección deducido en lo principal de fojas 40 por don Luis Antonio Marchant Subercaseaux como gerente general y representante del Banco O'Higgins, y a fin de restablecer el imperio del derecho se dejan sin efecto las citaciones N^{OS}. 36 y 41, de 6 y 12 de noviembre del año pasado, respectivamente, y el acta de denuncia de esta última fecha, todas emanadas del departamento de delitos tributarios del Servicio de Impuestos Internos, cuyas fotocopias rolan a fojas 13, 14 y 15, y los efectos jurídicos que de ellas pudieron derivar no estando, por tanto, el nombrado 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.

Acordada contra el parecer de los ministros señores Rivas y Correa, quienes estuvieron por confirmar la sentencia apelada de fojas 74, de 29 de diciembre del año recién pasado, teniendo en cuenta —junto a los fundamentos de ese fallo— las consideraciones siguientes:

1) Que 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;

2) Que ese criterio, reconocido en cierto modo por el Código de Comercio y la Legislación Procesal, aparece explícito en la norma del inciso segundo del artículo 1º de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias, al disponer que el Banco deberá mantener en estricta reserva, respecto de terceros, el movimiento de la cuenta corriente y sus saldos, y que sólo podrá proporcionar estas informaciones al librador o a quien éste haya facultado expresamente para hacerlo;

3) Que la discreción de la referencia no puede alcanzar —sin embargo— más allá del simple interés particular, para mantener silenciada la divulgación de sólo aquellos hechos cuyo conocimiento pueden acarrear perjuicios, injustificadamente, a una persona o a sus bienes; y siempre que tales hechos puedan mantenerse ignorados, sin que su reserva comprometa el bien común;

4) 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 diferirse en todas aquellas situaciones en que la conveniencia superior así lo determine; y no otra es la razón que origina las disposiciones de los artículos 1º, inciso tercero de la recordada Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias, aquellas de la Ley General de Bancos que rigen la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, 42, 43 y 47 del Código de Comercio, 273, N° 4 y 349 del Código de Procedimiento Civil y 156 y siguientes del Código de Enjuiciamiento Criminal, sobre entrada y registros de lugares cerrados y pertenencias particulares, preceptos todos que —suspendiendo aquella reserva— autorizan a ciertas autoridades para indagar sobre semejantes asuntos de carácter privativo;

5) Que, desde otro punto de vista, la referida reserva bancaria no debe ser confundida con el secreto profesional, toda vez que éste surge de las relaciones que se suscitan por el ejercicio de una profesión; y un cliente que entrega sus confidencias particulares a ese profesional que habrá de hacer uso de ellas con dignidad y elevación, precisamente para el amparo y protección de derechos legítimos que atañen a la persona o a sus bienes;

6) Que, siendo el Servicio de Impuestos Internos el llamado a fiscalizar adecuadamente la obligación tributaria que suministra

al Estado los elementos financieros para realizar la labor administrativa de la nación, a su alcance ha puesto la ley los elementos necesarios para el control efectivo de esa fiscalización, que ha de extenderse ineludiblemente a toda actuación económica que pueda estar afectada por una tributación; y de semejante control no deben hallarse exentas las operaciones de la banca, sino que, por el contrario, toda vez que ellas suelen ser fuentes productoras de ventajas económicas que deben redituar impuestos, cuya vulneración da margen a procedimientos de indagación; y, en esa tarea, corresponde —en ocasiones— hurgar el origen de esas actividades de los particulares que, a través de aquellas operaciones bancarias, esclarecerían el monto y origen efectivo de sus reales ingresos;

7) Que, en la línea que se señala, el Código Tributario puntualiza en el párrafo 1º de su Título IV, las facultades amplias de que dispone el Servicio de Impuestos Internos, y en especial su Director, para realizar con eficacia la labor que le compete como Jefe del Servicio y como autoridad jurisdiccional en la determinación de los impuestos, abarcando sus atribuciones hasta el uso de la fuerza pública para la verificación sobre balances, inventarios, y registros sobre libros de contabilidad, documentos y demás; se les faculta para pedir declaraciones por escrito o citar a toda persona —dentro de la jurisdicción— para que declare bajo juramento sobre hechos, datos o antecedentes de cualquiera naturaleza, relacionados con terceras personas; señalándose que el Director podrá —al igual que la Justicia Ordinaria— disponer hasta el examen de las cuentas corrientes cuando el Servicio se encuentre investigando infracciones a leyes tributarias sancionadas con pena corporal; todo ello, no obstante de reconocer el Código de la referencia que se mantienen vigentes las normas sobre reserva de la cuenta corriente bancaria y otras operaciones a que la ley da carácter confidencial, así como la facultad de quienes deben guardar secreto profesional;

8) Que todas esas atribuciones se vinculan estrechamente al criterio que consigna el artículo 63 del Código Tributario que enfatiza en el sentido de 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”, esclareciendo y ratificando así las autori-

zaciones concedidas en los términos a que hace alusión precedentemente;

9) Que, por otra parte, es oportuno señalar que, si bien la costumbre mercantil podría suplir el silencio de la ley en las condiciones que señala el artículo 4 del Código de Comercio, es evidente que en presencia de atribuciones expresas sobre facultades de comprobación otorgadas al Servicio de Impuestos Internos, tal costumbre anterior respecto a la privacidad bancaria carece de toda vigencia para el esclarecimiento de los hechos delictuosos que puedan indagarse a través del conocimiento de determinadas y precisas operaciones bancarias, en mérito a las facultades investigadoras que se dejan dichas; y, en todo caso, esas costumbres mercantiles que suplirían el silencio de la ley, han de hallarse acreditadas en hechos ciertos en que se la apoye, y siempre que ellos tengan caracteres de uniformidad, que sean públicos, de general ejecución en la República o en una localidad determinada y reiterados por un largo espacio de tiempo, situación que se apreciará prudencialmente por los Juzgados de Comercio; factor este último que induce a pensar —además— que tal elemento de convicción correspondería ser usado en gestiones o asuntos que se promovieran ante tales Tribunales de Comercio;

10) Que, en las condiciones anotadas, resulta debidamente protegida en la ley, la amplia facultad investigadora que ella encomienda al Servicio de Impuestos Internos, con especial énfasis, para actuar en defensa de los intereses sociales de la colectividad, cuya vigilancia debe mantener el Estado; más aún, frente a las cuantiosas inversiones y operaciones que, en el país, realizan empresarios y financistas; ya que —a no mediar esa amplitud de fiscalización—, una exagerada privacidad de las operaciones auspiciadas por instituciones bancarias, podría ser fuente de graves evasiones tributarias;

11) Que, en consecuencia, en el caso presente, el recurrente de protección no puede eludir la obligación de concurrir a declarar bajo juramento “sobre hechos, datos o antecedentes de cualquier naturaleza relacionados con terceras personas...”, como lo dispone el inciso penúltimo del artículo 60 del Código Tributario, tanto por lo que se ha dejado dicho con anterioridad, como porque este

recurrente no se halla comprendido entre las personas que el artículo 193 del Código de Procedimiento Penal exime del deber de comparecencia que señala el artículo 161 de ese mismo Código; y porque, además, él puede ser interrogado sobre cualquier otro hecho relacionado con la investigación que requiera algún comentario alusivo al asunto y a los documentos a que alude la citación; de donde resalta aún más la improcedencia de negarse a un tal llamado fundamentándose en el secreto bancario, cuando todavía se desconoce el enmarcamiento en que el funcionario investigador encauzará su tarea de averiguación; pues, sólo en tal momento, procedería el rechazo de adquisiciones que sí atentaran o excedieran las facultades del interrogador.

Regístrese y devuélvanse.

Redactó el fallo el abogado integrante señor Urrutia; y el voto, el Ministro señor Rivas. *Rafael Retamal L., Luis Maldonado B., V. Manuel Rivas del Canto, Enrique Correa L., Enrique Urrutia M.*

Dando la Corte Suprema por reproducida la parte expositiva y los fundamentos primero a cuarto de la sentencia de primera instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago (rol 108-80), ministros señores Servando Jordán L., José Cánovas R. y Enrique Zurita C., se incluye su texto a continuación.

Santiago, 29 de diciembre de 1980

Vistos:

El Gerente General del Banco O'Higgins, don Luis Antonio Marchant Subercaseaux, deduce 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.

El recurso lo motivan las citaciones N^o 36 y N^o 41, de 6 y 12 de noviembre de 1980, y el acta denuncia de 12 de noviembre de 1980.

Las mencionadas citaciones ordenan al Gerente General del Banco O'Higgins comparecer al Departamento de Delitos Tribu-

tarios acompañado de los siguientes antecedentes: Vale vista, órdenes de pago o cualquier "otra forma de remesa, enviada por el señor Juan Rubén Grubsic Ramos u otros, a: Raquel Koren Valdés, Oficina de Punta Arenas; Francisco Uribe Oyarzún, Oficina de Puerto Natales; y otras personas que figuren recibiendo remesas en cualquiera de sus oficinas, de parte del señor Juan Rubén Grubsic Ramos".

Además, se apercibe al Banco de acuerdo con el artículo 97, N° 15 del Código Tributario, sin perjuicio de iniciarse el apremio personal de acuerdo a los artículos 93, 94 y 95 de dicho cuerpo legal.

Se dice, además, que el Banco O'Higgins ha incurrido en la infracción sancionada por el artículo 97 N° 15 del Código Tributario, por no haber proporcionado los antecedentes solicitados en la citación N° 36, infracción que el referido precepto legal sanciona con multa de 20% al 100% de una unidad tributaria anual.

Al hacérsele las exigencias señaladas, el Banco sostiene que se pretende violar el secreto bancario. Amén de ello se ha perturbado el legítimo ejercicio de la garantía constitucional establecida en el N° 10, artículo 1° del Acta Constitucional N° 3, que asegura: "El respeto y protección a la vida privada y a la honra de las personas 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 privados interceptarse, abrirse o registrarse, en los casos y formas determinadas por la ley".

La privacidad anotada afecta a los Bancos por ser comerciantes y de acuerdo con los artículos 41, 42 y 43 del Código de Comercio.

Se complementa la garantía de ese secreto con el artículo 7° del D.L. 1.097, Ley Orgánica de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras; el artículo 85, inciso 2° del D.F.L. 251, de 1931, sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio y el artículo 35, inciso 2° del Código Tributario.

La garantía constitucional referida tiene consagración penal en los artículos 146 y 156 del Código del ramo, que castigan casos

de interceptación, apertura y registro de correspondencia y otros papeles.

También se refieren a este aspecto los artículos 2225 del Código Civil (depositario), artículos 349 y 360, N^o 3 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 201, N^o 2 del de Procedimiento Penal; y artículos 231-246 y 247 del Código de Procedimiento Civil.

El secreto bancario no es sino una forma del secreto profesional. Puede citarse el artículo 1^o, inciso 2^o de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, que obliga a los bancos a mantener estricta reserva, respecto de terceros, sobre el movimiento de las cuentas corrientes y saldos.

Se recuerda a este respecto la Circular N^o 93, de 10 de abril de 1929, suscrita por el Superintendente de Bancos y por el Director de Impuestos Internos.

Sólo por ley son obligados los Bancos para con Impuestos Internos (movimiento de cuentas bancarias, artículo 62 inciso 2^o del Código Tributario); los balances y estados de situación que presentan los clientes, art. 84 del Código Tributario; y las copias de las tasaciones de bienes raíces que practiquen, artículo 85 del Código Tributario.

El artículo 34 del Código Tributario que sirve de fundamento a las citaciones, alude a los "contribuyentes" que han firmado una declaración y a los técnicos o asesores que hayan intervenido en su confección. También se refiere a los socios o administradores del contribuyente, si éste es una Sociedad. Estos presupuestos no se cumplen en la especie.

La otra disposición que se invoca es el artículo 60 inciso penúltimo del Código Tributario. Pero el mismo artículo dice que estarán exceptuadas de la obligación de proporcionar datos a Impuestos Internos las personas obligadas a "guardar secreto profesional". Categoría en que se encuentran los bancos.

El Banco reconoce su obligación de dar a conocer a Impuestos Internos los detalles de las cuentas corrientes, pero no otros datos.

Se agrega que las actuaciones de los funcionarios de Impuestos Internos amenazan también la libertad personal y la seguridad del Gerente General del Banco recurrente, porque se quieren hacer valer en su contra procedimientos de apremio.

Termina solicitando el recurrente que se declare por esta Corte que es improcedente exigir al Banco O'Higgins los antecedentes que se solicitan en las mencionadas citaciones, salvo las relativas a la Cuenta Corriente; que, consecuentemente, son improcedentes los apercibimientos contenidos en las aludidas citaciones y que no procede seguir adelante con la tramitación administrativa de la referida acta de denuncia. En subsidio pide se acoja el recurso en la forma que se estime procedente, para que quede restablecido el imperio del derecho y la debida protección del recurrente.

Informando los recurridos Iván Moya Santos y Manuel Bustos Rojas a fs. 48, se remiten al informe evacuado por el Director de Impuestos Internos don Felipe Lamarca Claro. Agregan que ellos fueron designados para investigar administrativamente el llamado Fraude del IVA cometido por la Empresa Union Trading Ltda. y otras relacionadas con ella, comprendiendo a las personas naturales Jorge Masihy Duery, Jorge Bendek Bendek, Manuel López Jiménez, Eduardo Romero Olmedo y Adela Gajardo Fontecilla.

De la investigación practicada se estableció que una parte importante de las sumas obtenidas indebidamente con la devolución del IVA fue remitida a las personas cuyas Cuentas Corrientes se están revisando, interviniendo personas que son clientes del Banco O'Higgins, en cuya virtud y conforme a los artículos 34 y 60, inciso 8º del Código Tributario fueron citadas. Pero el Gerente General Luis Antonio Marchant, del Banco mencionado, no ha concurrido hasta la fecha.

Informando el Director de Impuestos Internos, don Felipe Lamarca Claro, ratifica lo afirmado por los Inspectores Moya y Bustos. Agrega que al citar al señor Grubsic Ramos éste declaró que cerca de ochenta millones remitió por mano o mediante giro bancario a Puerto Natales al señor Francisco Uribe o a Punta Arenas, a la señora Raquel Koren, quienes las convertían en moneda argentina.

Con fecha 6 de noviembre de 1980 el Servicio de Impuestos Internos procedió a notificar la citación N° 36 al Gerente General del Banco O'Higgins don Luis Antonio Marchant Subercaseaux, para que concurra personalmente al Departamento de Investigación de Delitos Tributarios el día 11 de noviembre de 1980, a las 9.30

horas, con los siguientes antecedentes: “Vale vista, órdenes de pago o cualquier otra forma de remesa enviada por el señor Juan Rubén Grubsic Ramos y otros, a las personas que se indican: Raquel Koren Valdés, Oficina Punta Arenas; Francisco Uribe Oyarzún, Oficina de Puerto Natales; y otras personas que figuren recibiendo remesas en cualquiera de sus oficinas de parte del Sr. Juan Rubén Grubsic Ramos”.

Al concurrir el señor Marchant se le hizo una segunda notificación y posteriormente se le notificó que había incurrido en la infracción prevista y sancionada en el artículo 97, N° 15 del Código Tributario.

Refuta las excusas del Banco y dice que Impuestos Internos sólo está haciendo uso de sus facultades fiscalizadoras que le competen por disposición de la ley.

La ley sólo ha dado carácter reservado al movimiento de la Cuenta Corriente (inciso 2° art. 1° del Decreto Supremo N° 3.777 de 1943).

Es impropio atribuir a los documentos y registros bancarios el carácter de comunicaciones y documentos privados para asilarse en el art. 1 N° 10 del Acta Constitucional N° 3, ya que el propio Banco reconoce que tiene el carácter de comerciante.

En cuanto a la Circular 1695, respecto a la reserva que deben guardar los bancos, constituye una interpretación administrativa, que no tiene validez para los efectos tributarios.

El secreto profesional se refiere únicamente a secretos confiados por el cliente al profesional.

En cuanto al apremio contemplado en el art. 93 del Código Tributario es decretado por el juez respectivo y el Servicio de Impuestos Internos sólo requiere la aplicación del apremio, pero es el juez quien resuelve, en definitiva, y bajo su responsabilidad funcionaria.

Por último, se sostiene por el informante que el recurso de protección es improcedente, pues la norma que se invoca dice relación con un valor fundamental de carácter individual y personal y referente a la casa o lugar donde se hace vida de familia, y a la honra y privacidad de los individuos, entre cuyas expresiones se encuentran las comunicaciones y papeles privados. En cambio, la documentación solicitada es relativa a las actividades comerciales,

siendo los documentos propios del giro de la recurrente, que es una persona jurídica.

De fojas 1 a 12 rolan los poderes del recurrente.

A fs. 13 y 14 las actas de citación; a fs. 16 explicaciones del recurrente a Impuestos Internos; a fs. 26 rola la Circular N° 93 de 10 de abril de 1929; a fs. 34 una circular de la Superintendencia sobre el secreto bancario; a fs. 37 una resolución relativa a las devoluciones indebidas del IVA. Por último, a fs. 52 y 53 rolan las citaciones que se han hecho por Impuestos Internos al recurrente.

Con lo relacionado y considerando:

1° Que el presente recurso de protección ha sido interpuesto por don Luis Antonio Marchant Subercaseaux en su calidad de Gerente General y en representación del Banco O'Higgins, con motivo de haber recibido las citaciones N°s. 36 y 41, de 6 y 12 de noviembre de 1980 y con ocasión de un acta de denuncia de 12 de noviembre del año en curso. Dichas citaciones y denuncia son del Servicio de Impuestos Internos y ordenan al nombrado Gerente a comparecer al Departamento de Delitos Tributarios acompañado de los siguientes antecedentes: "Vale vista, órdenes de pago o cualquier otra forma de remesa enviada por el señor Juan Rubén Grubsic Ramos u otros a Raquel Koren Valdés, Oficina de Punta Arenas; a Francisco Uribe Oyarzún, Oficina de Puerto Natales; y a otras personas que figuren recibiendo remesas en cualquiera de sus oficinas de parte del señor Juan Rubén Grubsic Ramos". Se señala al citado que el incumplimiento al llamado que se le hace será sancionado del modo que indica el artículo 97 N° 15 del Código Tributario, sin perjuicio de iniciarse el apremio personal de acuerdo a los artículos 93, 94 y 95 de dicho cuerpo legal.

La mencionada denuncia de 12 de noviembre último aparece suscrita por los Inspectores recurridos señores Moya y Bustos y alude al incumplimiento del Gerente General del Banco O'Higgins a la citación N° 36, pidiéndose la sanción legal correspondiente, pese a que éste alega haber estado impedido para concurrir.

2º Que la base constitucional del recurso es el artículo 1º N° 10 del Acta Constitucional N° 3, que al consagrar la privacidad documental no la ha limitado a las personas físicas.

Se agrega que la actitud de los Inspectores de Impuestos Internos constituye una amenaza para la libertad personal y seguridad del Gerente General del Banco O'Higgins, como quiera que se ha apercibido al citado con la iniciación del procedimiento de apremio contemplado en los artículos 93, 94 y 95 del Código Tributario.

3º Que Impuestos Internos invoca como base legal el artículo 6º del Acta Constitucional N° 3, que se refiere a la potestad del Estado para fijar impuestos y velar por su recaudación. Complementa esta norma, entre otras disposiciones, el artículo 63 del Código Tributario al expresar: "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". A su vez, los artículos 16, 17, 18 y 35 del citado Código conceden a Impuestos Internos amplio acceso a la contabilidad de los contribuyentes en general, comprendiendo obviamente a los comerciantes, a quienes no se excluye; y en cuanto a la cuenta corriente bancaria, conforme al artículo 62 del Código Tributario, el Director de Impuestos Internos puede tener acceso en los casos que allí se señalan.

El artículo 34 del Código Tributario se refiere a los contribuyentes que han firmado una declaración o a los socios o administradores del contribuyente, si éste es una sociedad.

Cabe dejar constancia también que en el inciso penúltimo del artículo 60 del Código Tributario se establece como atribución de Impuestos Internos la de pedir declaración jurada por escrito o citar a toda persona domiciliada dentro de la jurisdicción de la oficina que la cita, para que concurra a declarar, bajo juramento, sobre hechos, datos o antecedentes de cualquiera naturaleza relacionados con terceras personas, exceptuándose a "las personas obligadas a guardar secreto profesional".

4º Que de acuerdo con lo informado por los Inspectores Iván Moya y Manuel Bustos, a fs. 48, ellos procedieron en su condición de Inspectores Jefes del Departamento de Investigación

de Delitos Tributarios, designados por la Superioridad del Servicio para dirigir al grupo de funcionarios encargados de la investigación administrativa del llamado “Fraude del IVA”, cometido por la empresa Union Trading Ltda. y otras relacionadas con ella y con personas naturales entre las que se cuentan Jorge Masihy Duery, Jorge Bendek Bendek, Manuel López Jiménez, Eduardo Romero Olmedo y Adela Gajardo Fontecilla.

*Corte de Apelaciones de Santiago,
27 de enero de 1981*

**BANCO DE SANTIAGO CON SERVICIO DE
IMPUESTOS INTERNOS**

(recurso de protección)

Recurso de protección (cuentas de ahorro) – Cuentas de ahorro (recurso de protección) – Constitución Política del Estado (protección de derechos) – Protección de derechos (Constitución Política del Estado) – Reserva de los libros de los comerciantes (orden judicial) – Orden judicial (reserva de los libros de los comerciantes) – Bancos (reserva de los libros de los comerciantes) – Operaciones bancarias (actos de comercio) – Actos de comercio (operaciones bancarias) – Cuentas corrientes bancarias (secreto bancario) – Secreto bancario (cuentas corrientes bancarias) – Origen de la reserva de las operaciones bancarias – Código Tributario (materias de tributación fiscal interna) – Materias de tributación fiscal interna (Código Tributario) – Servicio de Impuestos Internos (tributación fiscal interna) – Citación a terceros por Impuestos Internos (deudores no comerciantes) – Deudores no comerciantes (citación a terceros por Impuestos Internos) – Cuentas de ahorro (citaciones a gerente de banco efectuadas por Impuestos Internos) – Citaciones a gerente de banco por Impuestos Internos (cuentas de ahorro) – Secreto profesional (gerentes de banco) – Gerentes de banco (secreto profesional) – Profesiones liberales (secreto profesional) – Interpretación analógica (secreto profesional) – Secreto bancario (secreto profesional) – Protección de libros de los comerciantes (secreto bancario o mercantil) – Terceros (secreto profesional) – Depósitos de confianza (cuentas de ahorro) – Secreto del depositario (depósito de confianza) – Cuentas de ahorro (secreto del depositario) – Mutuo o préstamo a interés (cuenta de ahorro) – Comisiones de confianza (cuenta de ahorro) – Examen de las cuentas corrientes bancarias (Director

de Impuestos Internos) – *Examen de las cuentas de ahorro* (Servicio de Impuestos Internos) – *Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras* (aplicación e interpretación de carácter administrativo) – *Aplicación e interpretación de carácter administrativo* (Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras) – *Competencia de los Tribunales de Justicia* (aplicación e interpretación de las normas bancarias) – *Procedencia del recurso de protección* – *Amenaza a la libertad personal* – *Amenaza a la seguridad individual* – *Citación a gerente de banco* (recurso de protección).

DOCTRINA.— *La Constitución Política del Estado se limita a señalar, en general, la garantía de los derechos protegidos, correspondiendo a la ley especificar estos derechos y las limitaciones a su ejercicio.*

Los libros que deben llevar los comerciantes, por exigencia de los artículos 25 y siguientes del Código de Comercio, tienen el carácter de reservados según lo disponen los artículos 41, 42, 43 y 47 del mismo Código, salvo los casos de reconocimientos generales o parciales a que se refieren dichas disposiciones, los cuales sólo pueden llevarse a cabo por orden judicial y cumpliéndose con las correspondientes formalidades. Estas normas son aplicables a los bancos, pues sus operaciones son actos de comercio en conformidad con lo prescrito por los artículos 3º, N° 11 del cuerpo de leyes citado y 34 de la Ley General de Bancos. Estas disposiciones, con excepción de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, que se refiere al movimiento de la cuenta corriente y sus saldos, son las únicas que se refieren a la reserva de los libros de los comerciantes y, por ende, al secreto bancario.

La reserva de las operaciones bancarias tiene su origen en el artículo 1º, N° 10 del Acta Constitucional N° 3 y en las disposiciones del Código de Comercio que se refieren a los libros de los comerciantes, dictadas en virtud del principio de especificidad, debiendo deducirse de ello que el secreto bancario deriva de la calidad de comerciantes que tienen las instituciones respectivas.

Los antecedentes contables que figuren en los libros de un banco, sean principales o auxiliares y la documentación de soporte relativos a las cuentas de ahorros, pueden ser investigadas por orden judicial y además en la forma que establecen los artículos 41 y

siguientes del Código de Comercio, constituyendo estos casos excepciones a la reserva bancaria.

El Código Tributario, de acuerdo con lo que disponen los artículos 1º y 2º, es un cuerpo legal de carácter especialísimo, aplicable exclusivamente a las materias de tributación fiscal interna, que sean de competencia del Servicio de Impuestos Internos. Por consiguiente, sus normas rigen con preferencia a las del derecho común contenidas en el Código de Comercio.

La facultad que le confiere al Servicio de Impuestos Internos el artículo 60 del Código Tributario es amplia y permite examinar los libros de contabilidad e incluso citar a terceros, para que declaren sobre datos que interesen a dicho Servicio, aplicándose ésta tanto a los deudores comerciantes como a los no comerciantes, pues la ley no distingue y, por ende, se aplica a las operaciones bancarias, como lo son las cuentas de ahorros, las que no están sometidas a normas especiales. Esta disposición constituye una de las excepciones legales a la inviolabilidad de los instrumentos privados, que garantiza el Acta Constitucional Nº 3, y, al mismo tiempo, otra excepción legal a la reserva bancaria establecida en los artículos 41 y siguientes del Código de Comercio, en relación con el artículo 3, Nº 11 del mismo cuerpo de leyes. De lo anterior se deduce que el aludido servicio tiene pleno derecho para citar a un gerente de un banco a prestar declaración acerca de una cuenta de ahorro determinada.

El secreto profesional constituye una reserva que sólo se refiere a aquellos profesionales que requieren título, lo que no ocurre con los gerentes de banco, los cuales, como es público y notorio, no requieren de éste para ejercer su oficio, y, por otra parte, no están incluidos dentro de las denominadas, corrientemente, profesiones liberales.

El Código Tributario no define lo que es el secreto profesional; en cambio, el artículo 247, inciso 2º del Código Penal se refiere a dicha materia, ya que aplica las penas indicadas en el inciso 1º de la misma norma a los que, ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado, de donde se desprende que estos términos ya han sido definidos por el legislador, lo que autoriza al tribunal para aplicar dicha definición utilizando la in-

interpretación analógica que prescribe el artículo 22 del Código Civil.

La expresión "secreto profesional" es de carácter restrictivo y se aplica sólo a aquellos profesionales que como los abogados, notarios, médicos y confesores, son depositarios de secretos en virtud de la confianza que su título inspira.

El secreto bancario o mercantil y el secreto profesional tienen sustanciales diferencias, ya que en el primer caso el secreto protege los libros del comerciante en contra de la actividad de terceros que pretenden investigarlos; en cambio, en el segundo se protege a los terceros que han depositado su confianza en ciertas personas que tienen título, como se desprende del citado artículo 247, inciso 2º del Código Penal.

Las cuentas de ahorro no constituyen depósitos de confianza de aquellos cuyo secreto no puede ser obligado a revelar el depositario, reglamentados en el artículo 2225 del Código Civil. El depositante de confianza a que se refiere dicha norma participa de la naturaleza del depósito propiamente tal a que se refiere el artículo 2215 del mismo Código, en virtud del cual una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble para que la guarde y la restituya en especie, a voluntad del depositante. En cambio, la cuenta de ahorro es un mutuo o préstamo a interés y no le es aplicable el citado artículo 2225.

Entre las comisiones de confianza que reglamenta la Ley General de Bancos no se encuentra contemplada la cuenta de ahorro, sino que, entre otros negocios públicos, los depósitos, los que, como ya se ha expresado, versan sobre especies o cuerpos ciertos y no sobre dinero a interés.

Respecto de las cuentas corrientes bancarias, la ley es más estricta que en los demás casos, pues exige que el examen deberá verificarse sólo por orden de la Justicia Ordinaria o del Director de Impuestos Internos, en tanto que en el caso de las cuentas de ahorro además puede actuar el último Servicio, sin que sea necesario que el Director emita la orden respectiva.

Las facultades que le confiere el artículo 12 del Decreto Ley Nº 1.097, de 1975, a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras para aplicar e interpretar las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las empresas vigiladas, son de carácter administrativo y obligan a los bancos e instituciones financieras en sus

relaciones con la señalada institución y los particulares, pero no pueden imponerse a los Tribunales de Justicia en las causas particulares que conozcan, ya que éstos, en virtud de lo dispuesto en los artículos 80 de la Constitución Política del Estado y 1º del Código Orgánico de Tribunales, son soberanos para conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, comprendiéndose en esto último la facultad de interpretar las leyes con el objeto de resolver un conflicto, sin que ningún otro criterio, que no sea la ley misma, pueda intervenir en dicha interpretación.

Es improcedente el recurso de protección que se funde en la amenaza de la libertad personal y la seguridad individual garantizadas en el N° 6 del artículo 1º del Acta Constitucional N° 3, ya que dichos derechos no se encuentran contemplados entre los que pueden servir de base al medio de impugnación referido.

En resumen, el Servicio de Impuestos Internos tiene pleno derecho para citar a un gerente de un banco a prestar declaración acerca de una cuenta de ahorro y, por ende, procede rechazar el recurso de protección que se interpone impugnando dicha citación.

Conociendo del recurso de protección deducido por el Banco de Santiago,

LA CORTE

Vistos y teniendo presente:

1º) Que don José Manuel Jaramillo Neumann, en representación del Banco de Santiago, recurre de protección en contra de los señores Felipe Lamarca Claro, Director General del Servicio de Impuestos Internos, y Bernardo Lara Berríos, Jefe del Departamento de Investigaciones de Delitos Tributarios. Por su parte, don Fernando Lamadrid Bernal, Gerente General del mismo Banco, recurre de amparo en contra de los anteriores y además en contra de los señores Iván Moya Santos y Manuel Bustos Rojas, del Servicio de Impuestos Internos, con el objeto de que se dejen sin efecto las citaciones y apercibimientos que en dichos recursos se señalan. Por resolución de 18 de noviembre último este tribunal accedió a la vista conjunta de ambos recursos;

2º) Que motiva el recurso de protección la citación N° 40, de 5 de noviembre próximo pasado, firmada por el Inspector don Iván Moya Santos, que en copia se acompaña, en virtud de la cual se ordena al Sr. Fernando Lamadrid Bernal, Gerente General de dicho Banco, que comparezca personalmente al Departamento de Investigación de Delitos Tributarios del Servicio de Impuestos Internos con fotocopias de la cuenta de ahorro N° 100.02.05138-4 y documentación de soporte, perteneciente al Sr. Miguel Sergio Zúñiga Maturana, Rut N° 2.552.089-0, el cual, según se deduce del certificado corriente a fojas 63 vuelta figura como inculpado en el proceso N° 95.602-4, seguido ante el Segundo Juzgado del Crimen de Mayor Cuantía de Santiago y actualmente a cargo del Ministro en Visita Sr. Alberto Echavarría. De acuerdo con lo afirmado en los oficios de fojas 41 y 51, el Sr. Zúñiga, prófugo de la justicia, obtuvo ilegítimamente de la Tesorería Provincial de Santiago la suma de \$ 25.104.213 por capítulo de devoluciones del IVA exportadores y los habría depositado en la cuenta de ahorros aludida, situación que es investigada por Impuestos Internos.

El recurso de protección en estudio impugna también el apercibimiento contenido en la aludida citación N° 40 que, a la letra, dispone: “El incumplimiento de lo requerido en la presente citación se sancionará de conformidad con el artículo 97, N° 15, del Código Tributario y además *dará lugar a que el Servicio inicie en su contra el procedimiento de apremio*, contemplado en los artículos 93, 94 y 95 del mismo texto legal”;

3º) Que el recurrente sostiene que la citación señalada vulnera, coarta y perturba las garantías constitucionales de la inviolabilidad de las comunicaciones y de los documentos privados, consagrada en el artículo 1º, N° 10, inciso 2º del Acta Constitucional N° 3 y del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual establecida en el número 6º del artículo 1º de la citada Acta Constitucional N° 3. Agrega que la inviolabilidad de los documentos y comunicaciones privados se ve vulnerada, en perjuicio del Banco de Santiago y del Sr. Miguel Sergio Zúñiga Maturana, al exigirse la entrega de la fotocopia de una cuenta de ahorro y de los documentos soportantes de la misma, fuera de los casos en que la ley lo autoriza y atentando contra claras normas legales. Expresa, asimismo, el representante del Banco de Santiago que la garantía

constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones y de los documentos privados encuentra una de sus principales consagraciones en el “secreto bancario”, establecido —desde antes de su reconocimiento legal expreso— en la actividad de los Bancos y demás instituciones financieras. En virtud de dicho secreto las operaciones bancarias serían reservadas, como norma general, salvo los casos excepcionalísimos y de derecho estricto en que se permite su exhibición, para efectos concretos y precisos. Entre estos casos de excepción no se encontraría el que motiva este recurso de protección. Afirma el recurrente que nuestra legislación positiva consagra el “secreto bancario” no sólo en la norma constitucional recién citada, sino que, además, en diversos textos legales. Así, el Código de Comercio, en el N° 11 del artículo 3° establece que las operaciones bancarias son actos de comercio y, luego, en concordancia con el Mensaje del mismo Código, consagra la reserva y secreto en los libros de comercio y de las operaciones mercantiles en los artículos 41, 42 y 43. Por su parte, agrega el recurrente, el Código Civil, en el artículo 2225, ordena que: “El depositario no debe violar el secreto de un depósito de confianza, ni podrá ser obligado a revelarlo”; afirma, asimismo, que el amparo penal de esta reserva está contenido en los artículos 146, 156, 231, 246 y 247 del Código del ramo, sin perjuicio de otras leyes especiales que protegen el secreto para casos específicos. En nuestro sistema procesal, esta protección estaría evidenciada en los artículos 349 y 360 N° 3 del Código de Procedimiento Civil y en el 201 N° 2 del de Procedimiento Penal. Expresa, asimismo, el recurrente, tanto en su libelo de fs. 32 como en estrados, que las normas generales antes indicadas respecto del secreto bancario, se consagran en el artículo 1°, inciso 2° de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, reiterado por los artículos 25 y 28 de la misma, que ordenan a los Bancos y a su personal a mantener estricta reserva sobre los movimientos de las cuentas corrientes bancarias y sus saldos. Agrega el recurrente que esta reserva se aplica *a todas las operaciones y/o actividades que los particulares pudieren realizar con los Bancos e Instituciones Financieras*, no sólo por la aplicación extensiva de esas normas, sino que por expresas instrucciones de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, entidad a la cual, de acuerdo con el artículo 12 del Decreto Ley 1.097, de 1975, le corresponde “aplicar e interpretar las leyes,

reglamentos y demás normas que rigen a las empresas vigiladas". Afirma que, por otra parte, el Banco que no acata las normas impartidas por la Superintendencia está sujeto a sanciones de acuerdo con el artículo 19 del citado Decreto Ley Orgánico. Agrega el impugnante que el secreto bancario ha sido reiteradamente establecido en diversas circulares de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la última de las cuales es de fecha 23 de julio de 1980, que en fotocopia se acompaña. Añade que, por lo expresado, resulta claro que todo sistema legal protege el "secreto bancario", que sólo puede ser revelado cuando existe una norma de excepción que autorice esta situación jurídica anormal para un caso concreto. Sostiene, finalmente, el recurrente que por esta razón no son aplicables en la especie los artículos 62, inciso 2º del Código Tributario que se refiere exclusivamente a la cuenta corriente bancaria y 60, inciso 8º del mismo cuerpo legal, porque, en la especie, se trata precisamente de un caso de secreto profesional, que autoriza expresamente la mantención de la reserva bancaria;

4º) Que informando don Felipe Lamarca Claro, Director de Impuestos Internos, expresa que dicho Servicio, en cumplimiento de lo solicitado por el Sr. Ministro en Visita don Alberto Echavarría Lorca, quien dispuso que Impuestos Internos practicara un informe contable en relación con los hechos investigados, debió investigar dónde se encuentran los dineros defraudados al Fisco, quién o quiénes son los titulares de la cuenta de ahorro N° 100-02-05138-1, donde aparecen depositados los dineros obtenidos ilegítimamente por el Sr. Zúñiga, si dichos dineros se encuentran aún depositados en esa cuenta y, en el caso de haber sido retirados de ella, por quién y en qué fechas. Agrega que, en uso de las atribuciones fiscalizadoras que los artículos 6º, 34, 60 y 61 del Código Tributario y su Ley Orgánica contemplan, procedió a citar en forma reiterada al Sr. Lamadrid para los efectos indicados en el primer fundamento de este fallo, bajo el apercibimiento que también allí se señala. Este no compareció, pero remitió a la oficina de Delitos Tributarios un escrito que, en copia, aparece acompañado a fojas 12, en el cual excusa su concurrencia. Afirma, asimismo, en su informe, el Director de Impuestos Internos que, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política del Estado, Acta Constitucional N° 3 y Código Tributario, el Servicio a su

cargo tiene amplias facultades y derechos para investigar y practicar todas las diligencias que estime convenientes y necesarias para el cumplimiento de la labor fiscalizadora que se le ha encomendado, la cual abarca preferentemente el quehacer económico de los particulares, con énfasis en aquellos rubros que puedan denotar la obtención de ingresos a la realización de actos, contratos u operaciones afectados por tributos, y, por lo tanto, comprenden de las actuaciones bancarias de los particulares, toda vez que éstas son manifestaciones y reflejo de ese quehacer económico y, además, generan rentas tales como los intereses, los cuales constituyen hechos gravados con impuestos que deben fiscalizarse para su adecuado cumplimiento. Todo ello y las consideraciones legales que expone han autorizado al Servicio para citar al Sr. Lamadrid bajo los aperebimientos aludidos, con el objeto de investigar las actuaciones delictuosas del Sr. Zúñiga. Se extiende, además, el Sr. Lamadrid en consideraciones legales y doctrinarias tendientes a refutar las afirmaciones y pretensiones del recurrente, aludidas anteriormente en esta resolución. Agrega que no puede tampoco tenerse por *infringida* en la especie y mediante este recurso la garantía constitucional establecida en el N° 6 del artículo 1° del Acta Constitucional N° 3, o sea, la libertad personal y seguridad individual del Gerente General del Banco de Santiago Sr. Lamadrid, primeramente porque dicha garantía no se encuentra dentro de aquellas cuya protección está taxativamente consagrada en el presente recurso, como se desprende del artículo 2° del Acta Constitucional N° 3, por lo cual él sería improcedente, y, en segundo lugar, porque en la especie no existiría por parte de la autoridad administrativa un acto u omisión arbitrario o ilegal, sino que en su contra se ha seguido un procedimiento absolutamente legal que permitiría a Impuestos Internos solicitar a los Tribunales Ordinarios de Justicia una medida de apremio, conforme a lo dispuesto en los artículos 93, 94 y 95 del Código Tributario. El apremio, entonces, no es impuesto por el Servicio sino que por la Justicia en conformidad a la ley, la cual puede, incluso, denegar la acción interpuesta por aquél en el proceso respectivo. Sostiene, finalmente, el Servicio de Impuestos Internos que el recurso es improcedente, ya que no ha violado la garantía constitucional establecida en el N° 10 del Acta Constitucional N° 3, pues se ha atendido al Código Tributario y no dice relación con un valor fundamental de carácter individual y personal

referente a la privacidad de las personas, entre cuyas expresiones se encuentran las comunicaciones y papeles privados, sino que con antecedentes referentes a un giro comercial e integrantes de su contabilidad, respecto de los cuales Impuestos Internos tiene claras y taxativas atribuciones para examinar, para los efectos de cumplir su cometido de fiscalizar las obligaciones tributarias. Agrega, finalmente, que el recurrente no ha debido utilizar, para defenderse, el recurso excepcional de protección, pues para ello puede utilizar un sistema procesal ordinario;

5º) Que informa en forma análoga a lo expuesto en el fundamento anterior don Bernardo Lara Berríos, Abogado Jefe Subrogante Interino del Departamento de Investigación de Delitos Tributarios del Servicio de Impuestos Internos, consignando, en esencia, los mismos hechos y fundamentos enunciados por el Director del Servicio de Impuestos Internos;

6º) Que el recurrente acompaña diversos documentos. El Director de Impuestos Internos también acompañó instrumentos;

7º) Que el N° 10, inciso 2º del artículo 1º del Acta Constitucional N° 3 establece la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley. Como en la mayoría de los casos, la Constitución se limita a señalar, en general, la garantía de los derechos protegidos, correspondiendo a la ley especificar estos derechos y, en este caso, las limitaciones a su ejercicio. Así, los libros que los comerciantes llevan, en conformidad a lo prescrito en los artículos 25 y siguientes del Código de Comercio, y, obviamente, los documentos en que se basan, *son reservados*, de acuerdo con lo establecido en los artículos 41, 42, 43 y 47 del mismo cuerpo legal, salvo los casos de reconocimientos generales o parciales a que se refieren dichas disposiciones, los cuales sólo pueden llevarse a efecto por orden judicial cumpliéndose con las respectivas formalidades. Estas normas se extienden a los Bancos, cuyas operaciones son actos de comercio en conformidad a lo dispuesto por los artículos 3º N° 11 del Código citado y 34 de la Ley General de Bancos. Cabe tener presente que las disposi-

ciones aludidas, con excepción de lo que dispone el artículo 1º de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, respecto del movimiento de la cuenta corriente y sus saldos, son las únicas que se refieren a la reserva de los libros de los comerciantes y, por ende, y en general, al “secreto bancario”. Por consiguiente, la reserva de las operaciones bancarias tiene su origen en el aludido artículo 1º, Nº 10 del Acta Constitucional Nº 3 y en las indicadas disposiciones del Código de Comercio que se refieren a los libros de los comerciantes, dictadas en virtud del principio de especificidad, debiendo deducirse de ello que el “secreto bancario” deriva de la calidad de comerciantes que tienen las instituciones respectivas, como se infiere del propio recurso y en virtud de tal carácter, los Bancos tienen en este aspecto las garantías y están sujetos a las limitaciones que se derivan de tal calidad. Todo ello, sin perjuicio de lo que se expondrá, como ya se ha expresado, acerca de la cuenta corriente bancaria. De este modo, pues, los antecedentes contables que figuren en libros, ya sean principales o auxiliares del Banco de Santiago y la documentación de soporte relativos a la cuenta de ahorro del Sr. Zúñiga, pueden, primeramente, ser investigadas por orden judicial y en la forma que establecen los artículos 41 y siguientes del Código de Comercio, constituyendo estos casos excepciones a la denominada “reserva bancaria”;

8º) Que corresponde, entonces, determinar si, además de los casos aludidos en el fundamento anterior, es posible que una autoridad administrativa como el Servicio de Impuestos Internos, en virtud de otras disposiciones legales excepcionales, puede también investigar los libros de los comerciantes y de los bancos y, por ende, los antecedentes relativos a la cuenta de ahorro aludida, citando, al efecto, al Gerente del Banco donde se encuentra dicha cuenta;

9º) Que, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1º y 2º del Código Tributario, este cuerpo legal es una ley de carácter especialísimo, aplicable exclusivamente a las materias de tributación fiscal interna, que sean de la competencia del Servicio de Impuestos Internos. Por consiguiente, las normas en él contenidas rigen con preferencia a las de derecho común contempladas en el Código de Comercio, cuando se trata de las materias aludidas anteriormente. En uso de estas facultades excepcionales y de acuerdo

con el artículo 60 del Código Tributario, el Servicio señalado tiene la facultad de examinar los inventarios, balances, libros de contabilidad y documentos del contribuyente, en todo lo que se relacione con los elementos que deban servir de base para la determinación del impuesto o con otros puntos que figuren o debieran figurar en la declaración. En conformidad a lo dispuesto en el inciso 8º de la disposición legal citada, para la aplicación, fiscalización o investigación del cumplimiento de las 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 concurra a declarar, bajo juramento, sobre hechos, datos o antecedentes de cualquiera naturaleza relacionados con terceras personas, exceptuándose sólo quienes se indican en dicho inciso y los que están obligados a guardar el secreto profesional. En relación con esta facultad amplia de Impuestos Internos de examinar los libros del contribuyente e incluso de citar a terceros para que declaren sobre datos que interesan al Servicio, cabe observar que ella se aplica tanto a los deudores comerciantes como a los no comerciantes, pues la ley no distingue, siendo posible afirmar, debido a la mención que se hace a los libros de contabilidad y balances, que el referido inciso 8º se aplica muy especialmente a los comerciantes y, en consecuencia, a las operaciones bancarias que, como la cuenta de ahorro del Sr. Zúñiga, no está sometida a normas especiales. De ello se deduce que esta disposición del Código Tributario constituye evidentemente una de las excepciones legales a la inviolabilidad de los instrumentos privados, que garantiza el Acta Constitucional N° 3 y, al mismo tiempo, otra excepción legal a la reserva bancaria establecida en los artículos 41 y siguientes del Código de Comercio en relación con el artículo 3º N° 11 del mismo cuerpo legal. De lo anterior se deduce en forma inequívoca que el Servicio aludido ha tenido pleno derecho para citar al Gerente General del Banco de Santiago, a prestar la declaración que se indica en los fundamentos anteriores;

10º) Que no procede aceptar la alegación de dicho Gerente General consistente en que no puede declarar ante Impuestos Internos porque 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, como es de pública notoriedad, no requieren de título alguno para ejercer su oficio, el cual, por otra parte, no está incluido dentro de las denominadas corrientemente "profesiones liberales". Cabe observar que si bien el Código Tributario no ha definido lo que se entiende por secreto profesional, el artículo 247, inciso 2º del Código Penal se refiere a dicha materia, ya que aplica las penas indicadas en el inciso 1º de dicha disposición a los que, *ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título*, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado; de donde se desprende que estos términos ya han sido definidos por el legislador, lo que autoriza a este tribunal para aplicar en la especie dicha definición, utilizando la interpretación analógica que prescribe el artículo 22 del Código Civil. Confirma esta interpretación la circunstancia de que todas las normas referentes al secreto profesional, contenidas en los artículos 231 y 247 del Código Penal, que sancionan a los profesionales que infrinjan su obligación de guardar reserva; en los artículos 349 y 360 Nº 1 del Código de Procedimiento Civil y en los artículos 171 y 201 Nº 2 del Código de Procedimiento Penal, que reconoce el derecho de los profesionales de negarse a declarar o a exhibir documentos comprendidos en la obligación de secreto que les corresponde en razón de su profesión, se refieren indudablemente, y en general, a los profesionales con título, de donde se deduce que el término "secreto profesional" es de carácter restrictivo y se aplica en nuestro sistema legal sólo a aquellos profesionales que, como los abogados, notarios, médicos y confesores, son depositarios de secretos en virtud de la confianza que su título inspira. Por otra parte, si se estima que los Gerentes de Banco pueden acudir a esta excusa para impedir que Impuestos Internos investigue los libros en que figuran las cuentas de ahorros de sus clientes, quedaría prácticamente sin aplicación la disposición contenida en el aludido inciso 8º del artículo 60 del Código Tributario, que es terminante y excepcional, pues bastaría que los infractores a las leyes tributarias depositaran el producto de tales infracciones en una de estas cuentas para que quedaran a salvo de una investigación por el Servicio en cuestión. Por otra parte, existen diferencias esenciales entre el secreto bancario o mercantil que establece el Código de Comercio y el secreto que debe guardar un profesional en virtud del título que ostenta, ya que en el primer caso el secreto protege los libros del comerciante

en contra de la actividad de terceros tendiente a investigarlos, en tanto que en el segundo el secreto profesional protege a los terceros que han depositado su confianza en ciertas personas que tienen título, como se desprende del citado artículo 247, inciso 2º del Código Penal;

11º) Que tampoco puede aceptarse la alegación del recurrente consistente en que la cuenta de ahorro que se trata de investigar es un depósito de confianza de aquellos cuyo secreto no puede ser obligado a revelar el depositario, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 2225 del Código Civil. En efecto, el depósito de confianza a que se refiere este artículo participa de la naturaleza del depósito propiamente dicho a que se refiere el artículo 2215 del mismo Código, el cual es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa *corporal y mueble* para que la guarde y la restituya *en especie*, a voluntad del depositante. En estas condiciones sólo cabe concluir que la cuenta de ahorro en cuestión no constituye un contrato de depósito, sino que un mutuo o préstamo a interés, no siéndole aplicable el citado artículo 2225 del Código Civil. De otra parte, cabe observar que dicha disposición tiene su origen en el Derecho francés, el cual al tratar de este instituto se refiere evidentemente a especies o cuerpos ciertos y no a cosas fungibles (arts. 1915 y 1931 del Código Civil francés. Trop-Long-du Dépôt fs. 548. Domat: Lois civiles Civ. I, tit. VII; y Pothier, Dépôt, N^{os}. 38, 39). Por lo demás, procede tener presente que entre las comisiones de confianza que reglamenta la Ley General de Bancos no se encuentran contempladas las cuentas de ahorro, sino que, entre otros negocios públicos, los depósitos, los cuales, como ya se ha expresado, versan sobre especies o cuerpos ciertos, y no sobre dinero a interés, como es el caso de autos. No puede estimarse, en consecuencia, que la cuenta de ahorro en estudio sea un depósito de confianza, no siéndole por tanto aplicable, como ya se ha expresado, el secreto a que alude el citado artículo 2225 del Código Civil;

12º) Que de lo expuesto anteriormente se deduce que, en general, las operaciones bancarias son reservadas, en virtud de lo expuesto en el artículo 1º N^o 10 del Acta Constitucional N^o 3, en relación con los artículos 41 y siguientes del Código de Comercio, con excepción de lo establecido en los artículos 42, 43 y 47

de este cuerpo legal y de lo dispuesto en el artículo 60 del Código Tributario, ya citado. Entre las operaciones bancarias que pueden ser investigadas por Impuestos Internos, incluso cuando los datos respectivos se encuentren en poder de los Bancos, se encuentran las cuentas de ahorro porque no existe ninguna disposición que las exceptúe de dicho examen;

13º) Que entre las operaciones comerciales de Banco, las referentes a la cuenta corriente bancaria contienen una reglamentación especial, que, en esta materia, no es aplicable a las demás que se rigen por las normas establecidas en los fundamentos anteriores. En efecto, el inciso 2º del artículo 1º de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques dispone que "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". Por su parte, el artículo 62 del Código Tributario establece 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. 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". En estas condiciones, es preciso concluir que, respecto de las cuentas corrientes, la ley es más estricta que en los demás casos, pues exige que el examen deberá verificarse sólo por orden de la Justicia Ordinaria o del Director de Impuestos Internos, en tanto que en las situaciones examinadas en los fundamentos anteriores, además de la Justicia, puede actuar el Servicio de Impuestos Internos sin que sea necesario que el propio Director libre la orden respectiva;

14º) Que la circular de la Superintendencia de Bancos, de 23 de julio de 1980, aludida, sostiene que "en materia de depósitos y captaciones" el secreto es total, salvo disposición legal expresa, y como en el presente caso existen, como ya se ha indicado, disposiciones legales expresas que autorizan la investigación

por la Justicia o el Servicio de Impuestos Internos, no puede invocarse dicha circular para impedir que esta repartición actúe como lo ha hecho en la especie. Tampoco puede invocarse en tal sentido la circular conjunta de 10 de abril de 1929, que incluso afirma que la obligación del secreto bancario “no está consagrado por disposición alguna expresa de nuestros Códigos” y que la Dirección de Impuestos Internos “ha sido facultada para tomar conocimiento de los libros y documentos de cualquier contribuyente o de terceros cuando dicen relación con el pago de diversos impuestos. Agrega dicha circular que la Dirección puede, dentro de las disposiciones citadas, hacer uso de todos los medios legales a fin de comprobar la exactitud de las declaraciones presentadas y obtener todas las informaciones concernientes a la determinación de las rentas imposables. Por otra parte, si bien el artículo 12 del Decreto Ley 1.097, de 1975, atribuye a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras la facultad de aplicar e interpretar las leyes, reglamentos y demás normas que rijan a las empresas vigiladas”, esta interpretación es, en todo caso, administrativa y obliga a los Bancos e Instituciones Financieras en sus relaciones con la Superintendencia y los particulares, pero no puede imponerse a los Tribunales de Justicia en las causas particulares de que conozcan, ya que éstos, en virtud de lo dispuesto en los artículos 80 de la Constitución Política del Estado y 1º del Código Orgánico de Tribunales, son soberanos para conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, comprendiéndose en el juzgamiento la facultad de interpretar las leyes con el objeto de resolver un conflicto, sin que ningún otro criterio, que no sea la ley misma, pueda intervenir en dicha interpretación. De este modo, aunque las circulares aludidas hubieren establecido que el Servicio de Impuestos Internos no podría obtener información de los Bancos en relación con las cuentas de ahorro, lo que, como se ha expresado, no es efectivo, dicha interpretación no sería en ningún caso obligatoria para los Tribunales de Justicia, ni para la Dirección de Impuestos Internos, la cual tiene facultades legales excepcionales para efectuar las investigaciones y citaciones aludidas, de acuerdo con lo expuesto;

15º) Que, por otra parte, cabe hacer presente que, como consta del certificado de fojas 63 vuelta, el Ministro sumariante Sr. Alberto Echavarría Lorca, en el proceso N° 95.602-4, en el

cual figura como inculpado Miguel Zúñiga Maturana, ordenó al Servicio de Impuestos Internos, Departamento de Investigaciones de Delitos Tributarios, que practicara un informe contable, en relación con los hechos materia del sumario, para lo cual, como lo expresa en su informe de fojas 41, dicho Servicio deberá establecer dónde se encuentran los dineros defraudados al Fisco; quién o quiénes son los titulares de la cuenta de ahorro N° 100-02-05138-4; si dichos dineros se encuentran aún depositados en esa cuenta y, si fueron retirados de ella, por quién y en qué fechas, todo lo cual se colegiría de las declaraciones que el Sr. Lamadrid debía suministrar en cumplimiento de las citaciones libradas por dicha Reparación. En estas condiciones, sólo cabe concluir que las citaciones impugnadas no sólo se basaban en las atribuciones propias del Servicio de Impuestos Internos, sino que también se dictaron para coadyuvar a la acción de la justicia y previo requerimiento de ésta;

16º) Que el Banco de Santiago ha recurrido también de protección porque la libertad personal y seguridad individual del Gerente General don Fernando Lamadrid se verían también gravemente amenazadas porque, formalmente, el Servicio de Impuestos Internos podría requerir los apremios personales, de hasta 15 días de arresto renovables, señalados en los artículos 94, 95 y 96 del Código Tributario, para lo cual lo ha apercibido expresamente, poniendo así en peligro y amenazando esta esencial garantía constitucional. Agrega el recurrente que respecto a este derecho fundamental, se ha formulado, por cuerda separada, recurso de amparo ante este mismo tribunal. Sobre el particular, procede tener presente que, de acuerdo con el artículo 2º del Acta Constitucional N° 3, el recurso de protección no puede fundarse en la amenaza a la libertad personal y a la seguridad individual garantizadas en el N° 6 del artículo 1º del Acta Constitucional N° 3, ya que dichos derechos no se encuentran contemplados entre los que pueden servir de base al medio de impugnación referido; de donde se deduce que, por esta causal, el recurso de protección es improcedente, no correspondiendo, por consiguiente, en esta parte, referirse al fondo del problema;

17º) Que, como ya se indicó en el fundamento primero, el señor Fernando Lamadrid Bernal, Gerente General del Banco

de Santiago, recurrió de amparo en contra del Director General de Impuestos Internos y de otros funcionarios, recurso que, a pesar de haberse visto conjuntamente con el de protección, se falla separadamente, con esta misma fecha en el proceso respectivo, por cuanto no existe en la especie acumulación de autos y ambas causas figuraron en tabla en lugares diferentes.

Por estas consideraciones, el mérito de los autos, lo establecido en las disposiciones legales citadas y, en especial, en los artículos 1º, N°s. 6 y 10; y 2º del Acta Constitucional N° 3 y en el Auto Acordado relacionado con la tramitación y fallo del recurso de protección, se resuelve:

1) Que se declara improcedente el recurso de protección deducido por el Banco de Santiago, basado en las presuntas perturbaciones o amenazas al derecho a la libertad personal y a la seguridad individual garantizadas por el N° 6 del artículo 1º del Acta Constitucional N° 3.

2) Que se declara sin lugar el recurso de protección deducido por el Banco de Santiago, basado en la vulneración y perturbación de las garantías constitucionales de la inviolabilidad de las comunicaciones y de los documentos privados consagrados en el artículo 1º, N° 10 del Acta Constitucional N° 3.

Redacción del abogado integrante señor José Bernales P.
Aldo Guastavino M., Germán Valenzuela E., José Bernales P.

**BANCO DE SANTIAGO CON DIRECTOR DEL SERVICIO
DE IMPUESTOS INTERNOS**

(recurso de protección)

Citación a gerente de banco comercial para que acuda al Servicio de Impuestos Internos y dé a conocer documentos privados de cliente – Citación bajo apercibimiento de apremios – Acto ilegal y arbitrario – Desviación de procedimiento – Amenaza al ejercicio legítimo al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.

Medida de protección: se niega eficacia y validez a la citación decretada por el Servicio de Impuestos Internos.

DOCTRINA.— *Los documentos requeridos por el Servicio de Impuestos Internos consistentes en la copia de la cuenta de ahorro y de la documentación de soporte perteneciente a un cliente de un banco, 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.*

La citación decretada por la autoridad tributaria, y bajo apercibimiento –en caso de incumplimiento– de las sanciones previstas en el Código Tributario (art. 97 N° 15) y del procedimiento previsto en sus artículos 93 a 95, entraña una positiva amenaza de registrar los antedichos documentos privados, citación que no ha sido realizada por el Servicio dentro de la esfera de sus funciones fiscalizadoras, si bien para un cometido ajeno a ellas ha querido prevalerse de facultades que el ejercicio de esas funciones fiscalizadoras podría autorizar.

El intento del Servicio no ha estado orientado a la “aplicación, fiscalización o investigación del cumplimiento de las leyes tributarias” sino –según ella misma lo reconoce– a la obtención

de antecedentes para emitir un dictamen contable decretado por un tribunal, lo que hace concluir que la citación al gerente del Banco de Santiago, requiriéndole llevar consigo determinados documentos privados que se propone registrar, no resulta legítima por las disposiciones invocadas al decretarla, ni por ninguna otra.

LA CORTE

Vistos:

Suprimiendo de la sentencia en alzada la frase final del primer acápite de su fundamento 2º que dice “situación que es investigada por Impuestos Internos”; sustituyendo en su fundamento 4º la locución “debió investigar” por “requiere determinar” y la frase “para los efectos indicados en el primer fundamento de este fallo” por “en la forma indicada en el segundo fundamento de este fallo”; eliminando sus considerandos 7º y 15º, ambos inclusive, y 17º, y teniendo además presente:

1º) Que el Banco de Santiago sostiene que la citación que el Servicio de Impuestos Internos le ha hecho a su gerente general don Fernando Lamadrid Bernal, para que comparezca al Departamento de Investigación de Delitos Tributarios llevando consigo copias de la cuenta de ahorro y de la documentación de soporte perteneciente a Miguel Sergio Zúñiga Maturana, constituye una medida que vulnera la garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones y de los documentos privados, por cuanto persigue, fuera de los casos que la ley autoriza, la exhibición de operaciones amparadas por el secreto bancario que consagra nuestra legislación.

2º) Que la garantía constitucional que se invoca —establecida al interponerse el recurso sub iudice en el artículo 1º, Nº 10, inciso 2º, del Acta Constitucional Nº 3 y hoy reiterada en el artículo 19 Nº 5 de la Constitución Política de la República— consiste en que “el hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.

Corresponde, pues, atento al recurso de protección deducido, indagar si la citación del Servicio de Impuestos Internos al gerente general del Banco de Santiago, en los términos que ha sido hecha, perturba o amenaza la referida garantía constitucional de inviolabilidad de los documentos privados; o dicho de otro modo, si la aludida citación, con el agregado de que el susodicho gerente deberá concurrir al Departamento de Investigación de Delitos Tributarios portando fotocopia de la cuenta de ahorro y de su documentación de apoyo que pertenece a Zúñiga Maturana, está o no enderezada a interceptar, abrir o registrar documentos privados fuera de los casos y formas determinados por la ley.

3º) Que debe convenirse, desde luego, que si el Servicio de Impuestos Internos conminó al gerente del Banco de Santiago para que concurren con determinada documentación al indicado Departamento, no ha podido ser simplemente con el propósito de tomarle declaración a dicho personero, sino también para someter a examen o registro los documentos que llevara, y así, en efecto, lo denota la circunstancia de que el Servicio —según dicen su Director y el Jefe del aludido Departamento en sus informes de fojas 41 y 51— hubiera pretendido con anterioridad examinar la cuenta de Zúñiga Maturana y su documentación soportante en el propio Banco de Santiago, *sin poderlo hacer porque sus empleados no lo permitieron.*

Debe, asimismo, descontarse, por otro lado, que los documentos requeridos, consistentes en la copia de la cuenta de ahorro y de la documentación de soporte pertenecientes a Zúñiga, 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.

Sentado lo anterior, esto es, que la citación cuestionada entraña una positiva amenaza de registrar los antedichos documentos privados, resta por averiguar si en el caso de que se trata el Servicio de Impuestos Internos está o no legalmente habilitado para efectuar el registro que se propone llevar a cabo.

4º) Que el Director de Impuestos Internos y el Jefe del Departamento de Investigación de Delitos Tributarios, a juzgar por lo que expresan en sus informes anteriormente aludidos, con-

sideran que es plenamente legítimo lo actuado por el Servicio en el caso que motiva el recurso interpuesto por el Banco de Santiago. Aducen, en esencia, que la citación hecha al gerente general del expresado banco, en las condiciones ya referidas, la dispuso el Servicio en uso de atribuciones fiscalizadoras que la ley expresa y perentoriamente le otorga; que, en efecto, nuestra legislación concede al Servicio amplias facultades y derechos para investigar y practicar todas las diligencias que estime convenientes y necesarias para el cumplimiento de su labor fiscalizadora tributaria; que dichas facultades están limitadas sólo para investigar hechos sujetos al secreto profesional y por la reserva de la cuenta corriente bancaria y demás operaciones a que la ley da carácter confidencial, y que frente a tales facultades fiscalizadoras la ley no ha reconocido inmunidad a las operaciones bancarias, salvo la mencionada reserva de la cuenta corriente.

5º) Que sin desconocer la amplitud de las facultades conferidas por la ley al Servicio de Impuestos Internos para la fiscalización de las disposiciones tributarias, hay que poner en claro que en este caso, al procederse a la citación del referido gerente para que compareciera al Departamento de Investigación de Delitos Tributarios portando señalados documentos, el Servicio no operó dentro de la esfera de sus funciones fiscalizadoras, si bien, para un cometido ajeno a ellas, según se verá, ha querido prevalerse de facultades que el ejercicio de esas funciones podría autorizar.

6º) Que la citación para la comparecencia del personero bancario, según la copia corriente a fojas 11, fue expedida “en virtud de lo dispuesto en los artículos 34/60, inciso penúltimo del Código Tributario”.

El citado artículo 34 no hace en absoluto al caso porque se refiere a la obligación que tienen determinadas personas de atestiguar “sobre los puntos contenidos en una declaración”; y aquí el Servicio no pretende obtener un testimonio sobre puntos contenidos en una declaración, sino determinar el destino de unas sumas de dinero defraudadas al Fisco, según se dice en los informes de fojas 41 y 51. A su vez, el inciso penúltimo del artículo 60 autoriza al Servicio para citar a toda persona domiciliada dentro de la jurisdicción de la oficina que la cite, para que concurra a declarar bajo juramento sobre hechos, datos o antecedentes de

cualquiera naturaleza relacionados con terceras personas; pero esta medida, como lo expresa el propio precepto, sólo puede disponerla el Servicio para definidos objetos, esto es, “para la aplicación, fiscalización o investigación del cumplimiento de las leyes tributarias”, y en esta oportunidad, vale reiterarlo, la citación del gerente del Banco de Santiago no conduce a ninguna de estas finalidades, pues lo que en rigor persigue el Servicio, mediante ella, es obtener determinados datos para emitir un informe contable que le ha sido requerido por la justicia.

7º) Que, en efecto, según refieren el Director de Impuestos Internos y el Jefe del Departamento de Investigación de Delitos Tributarios en sus informes repetidamente aludidos, el Ministro en Visita que instruye el Proceso N° 95.602 del Segundo Juzgado del Crimen, solicitó la intervención del Servicio a fin de que, por intermedio del expresado Departamento, proceda a practicar un informe contable en relación con los hechos que investiga, y como del proceso aparece que Zúñiga Maturana obtuvo ilegítimamente cinco partidas de dinero por devoluciones del IVA que le fueron pagadas por la Tesorería Provincial de Santiago con sendos cheques nominativos a cuyo reverso figuran anotaciones que implican que fueron depositados en una cuenta del Banco de Santiago, el Servicio estima preciso determinar —“en cumplimiento de la orden de emitir el informe”— dónde se encuentran los dineros defraudados al Fisco, quién o quiénes son los titulares de la cuenta de ahorro atribuida a Zúñiga, y si dichos dineros se encuentran aún depositados en esa cuenta o si fueron retirados de ella, por quién y en qué fechas. De aquí que haya procedido a citar al gerente general del antedicho Banco para que acuda al Departamento de Investigación de Delitos Tributarios portando fotocopias de la cuenta de ahorro de Zúñiga y de la documentación de soporte.

8º) Que toda vez que el intento del Servicio no ha estado orientado a “la aplicación, fiscalización o investigación del cumplimiento de las leyes tributarias”, sino a la obtención de antecedentes para emitir un dictamen contable decretado por un tribunal, la citación que para el logro de este propósito le hizo al gerente del Banco de Santiago, requiriéndole llevar consigo determinados documentos privados que se propone registrar, no resulta legiti-

mada por las disposiciones invocadas al decretarla ni por ninguna otra.

Por consiguiente, esta medida constituye una amenaza de la garantía constitucional referida en el fundamento 2º de esta sentencia y corresponde, por lo tanto, adoptar al respecto las providencias adecuadas para asegurar la debida protección del afectado.

9º) Que lo anterior no significa que el Servicio, para evacuar el informe que se le ha solicitado, deba prescindir de los datos que cree necesarios para ilustrar su juicio. Es evidente que al encomendar al Departamento de Investigación de Delitos Tributarios la emisión de un informe contable en relación a los hechos, materia del Proceso N° 95.602, el Ministro instructor ha procedido en base a lo dispuesto en los artículos 221, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal y 163, letra e), del Código Tributario; y puesto que los funcionarios encargados de evacuar el dictamen tienen el carácter de peritos, bien pueden pedirle al juez, conforme al inciso 2º del artículo 242 del texto primeramente citado, que se les proporcione en alguna de las formas ahí señaladas los datos que juzguen indispensables para formar su opinión, lo que será acogido si no existen motivos especiales que lo impidan.

10º) 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.

Y atendido, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, se resuelve:

I. Que se revoca la sentencia en alzada de veintisiete de enero pasado, escrita a fojas 127, en cuanto por su decisión 2ª rechaza el recurso de protección deducido a fojas 32 por el Banco de Santiago, en cuanto lo basa en la perturbación de la garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados; y se declara que se acoge en dicha parte el refe-

rido recurso y, en consecuencia, con el objeto de restablecer el imperio del derecho y asegurar la protección del afectado, se niega eficacia y validez a la citación del Servicio de Impuestos Internos que en copia corre a fojas 11.

II. Que se confirma en lo demás la antedicha sentencia.

Redacción del ministro señor Meersohn. *Enrique Correa L., Emilio Ulloa M., Marcos Aburto O., Abraham Meersohn Sch., Raúl Rencoret D.*

Corte Suprema, 23 de marzo de 1987

*Corte de Apelaciones de Santiago
(5 de enero de 1987)*

**GOMEZ MONTT, HERNAN CON JUEZ DEL 5º
JUZGADO DEL CRIMEN DE SANTIAGO**

(recurso de protección)

Resolución judicial que ordena a Superintendencia de Bancos informe sobre cuentas corrientes bancarias de tercero – Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (atribuciones) – Potestades de juez del crimen (para esclarecimiento de hechos) – Delito de falso testimonio – Inviolabilidad de comunicaciones privadas – Remisión legal – Secreto bancario – Bien común (primacía) – Finalidad del recurso de protección – Improcedencia frente a resoluciones judiciales (inadmisibilidad) – Asunto sometido al imperio del derecho – Compatibilidad de la protección con otras acciones (voto en contra).

DOCTRINA.— Las resoluciones judiciales, en cuanto constituyen uno de los aspectos de la jurisdicción —desde que ellas emanan de los Tribunales de Justicia—, no son susceptibles de recurso de protección, por no tratarse de un hecho, acción u omisión a los que se refiere el artículo 20 de la Constitución, los que sí pueden ser reclamados si fueren arbitrarios o ilegales cuando son cometidos por otras personas naturales o jurídicas.

Admitir el recurso de protección en contra de resoluciones judiciales implicaría alterar el sistema legal establecido en el ordenamiento jurídico relativo a la competencia de los tribunales, a las leyes que reglan el procedimiento, a las normas que establecen los diversos recursos procesales para obtener su enmienda y a los plazos para impugnarlas, todo lo cual no puede concebirse haya sido el propósito del constituyente al consagrar este recurso excepcional.

El juez de una causa criminal que ordena oficiar a la Superintendencia de Bancos para que informe acerca de las instituciones bancarias en que tiene cuenta corriente un tercero extraño al proceso, no amaga el secreto de las cuentas corrientes y, por ende, el recurrente pudo deducir recurso de protección si bien no ha podido prosperar desde que la orden emanó del juez legalmente habilitado para ello y sin atentar contra la reserva que la ley acuerda a dichas cuentas (voto en contra).

LA CORTE

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus considerandos segundo y tercero, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:

1º) Que mediante el recurso de protección deducido en estos autos se reclama en contra de una resolución judicial dictada en los autos N° 125.523-3 del Quinto Juzgado del Crimen de Santiago seguido en contra de Grinaldo Pizarro Alday por el delito de falso testimonio —los que se tienen a la vista—, resolución por la que el Juez respectivo hizo lugar a una solicitud de la parte querellante en orden a oficiar a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras para que informe en qué bancos tiene cuenta corriente don Hernán Gómez Montt, el recurrente;

2º) Que el artículo 20 de la Constitución Política del Estado concede el recurso de protección al “que por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos” en las normas que menciona dicha disposición;

3º) Que las resoluciones judiciales, en cuanto constituyen uno de los aspectos de la jurisdicción —desde que ellas emanan de los Tribunales de Justicia—, no son susceptibles de recurso de protección, por no tratarse de un hecho, acción u omisión a los que se refiere el citado artículo 20 de la Carta Fundamental, los que sí pueden ser reclamados, si ellos fueren arbitrarios o ilegales, cuando son cometidos por otras personas naturales o jurídicas;

4º) Que admitir el expresado recurso en contra de las resoluciones judiciales implicaría alterar todo el sistema legal establecido en el ordenamiento jurídico relativo a la competencia de los Tribunales, a las leyes que reglan el procedimiento, a las normas que establecen los diversos recursos procesales para obtener su enmienda, y a los plazos para impugnarlas, todo lo cual no puede concebirse haya sido el propósito del constituyente al consagrar el recurso excepcional de que se trata; y

5º) Que, como consecuencia de lo anteriormente señalado, el recurso de protección deducido en estos autos es inadmisibile.

Se confirma la resolución apelada de cinco de enero último, escrita a fojas 26, con declaración de que el recurso de protección deducido en lo principal de fojas 3, por don Hernán Gómez Montt, es inadmisibile.

Acordaba contra el voto del Ministro señor Erbetta, en cuanto se declara inadmisibile el recurso de protección, y entrando al fondo estuvo por confirmar el fallo apelado, por cuanto el Juez de la causa, al ordenar se oficie a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras para que ésta informe “en qué bancos tiene cuenta corriente el señor Hernán Gómez Montt” no llegó a amagar el secreto de las cuentas corrientes de éste, y fue aquel organismo el que, sin que se le hubiera solicitado, informó al Juez acerca del saldo de dichas cuentas, con lo que resultó contrariado el principio que sobre el secreto de la cuenta corriente bancaria establece el artículo 1º de la Ley de Cheques. El recurrente, por ser un extraño en el juicio en que se dispuso el referido informe, pudo deducir el recurso de protección de estos autos, pero desde que la orden misma, en los términos en que fue dispuesta por el Juez de la causa, no atenta contra la reserva que la norma legal citada acuerda a las cuentas corrientes bancarias, el expresado recurso de protección no ha podido prosperar.

Regístrese y devuélvanse junto con los autos tenidos a la vista.

Nº 10.032.

José M. Eyzaguirre E., Octavio Ramírez M., Enrique Correa L., Osvaldo Erbetta V. y Estanislao Zúñiga C.

La sentencia de alzada ordenada reproducir es del tenor siguiente:

“Vistos y teniendo presente:

1º) Que a fojas 3 comparece don Hernán Gómez Montt, ingeniero agrónomo, domiciliado en Providencia 2133, oficina 205 de esta ciudad, y expone que recurre de protección en contra del Juez del Quinto Juzgado del Crimen de Santiago, don Alejandro Solís, por cuanto éste, como consta a fs. 23 de los autos que se tienen a la vista, ordenó remitir oficio a la Superintendencia de Bancos a fin de conocer las cuentas corrientes que ése mantiene en las instituciones del rubro de esta ciudad”.

Corte Suprema, 12 de septiembre de 1988

Corte de Apelaciones de Santiago,
18 de enero de 1988

GALLIANO HAENSCH, JOSE Y OTRA CON
SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E
INSTITUCIONES FINANCIERAS

(recurso de protección)

Carta circular a Bancos e Instituciones Financieras – Solicitud de información sobre cuentas corrientes y de ahorro, depósitos a plazo y otros valores – Cumplimiento de orden judicial (obligación de autoridades administrativas: art. 73, inciso final de la Constitución) – Ausencia de acto ilegal o arbitrario – Improcedencia de recurso de protección para dejar sin efecto resoluciones judiciales – Secreto bancario (alcance del art. 1º de Ley sobre Cuentas Corrientes) – Contrato de cuenta corriente bancaria – Movimientos de cuenta corriente bancaria y saldo – Partidas de cuentas corrientes – Operaciones de depósitos bancarios (art. 20 Ley General de Bancos).

DOCTRINA.— *Una decisión de una autoridad administrativa adoptada para dar cumplimiento a una resolución judicial no puede ser tachada de ilegal o arbitraria si se ha ajustado a los mismos términos de la orden impartida por el tribunal requirente, mandato que la propia Constitución (art. 73, inciso final) le obliga a ejecutar sin que ella pueda calificar ni su fundamento ni su oportunidad, ni su justicia ni su legalidad.*

Es improcedente pretender dejar sin efecto resoluciones judiciales mediante la interposición del recurso de protección, desde que ellas sólo pueden ser dejadas sin efecto de oficio o a petición de parte interesada formulada por medio de los recursos procesales pertinentes y en la misma causa en que se dictó.

La llamada reserva o secreto bancario no cubre la existencia del contrato de cuenta corriente bancaria, ni la fecha de su celebración, ni el nombre, domicilio y profesión u oficio del cuentacorren-

tista, sino el movimiento de la cuenta corriente y sus saldos respecto de terceros, pero aun respecto de éstos los Tribunales de Justicia podrán ordenar la exhibición de determinadas partidas de la cuenta corriente en causas civiles y criminales seguidas con el librador.

LA CORTE

Vistos:

Se reproduce la parte expositiva, considerandos y citas legales de la resolución enalzada, con excepción de sus fundamentos cuarto a duodécimo, que se eliminan, y exceptuada asimismo la cita del artículo 21 de la Constitución Política del Estado, que se sustituye por la del artículo 20 de la misma Carta Fundamental.

Y teniendo en su lugar y además presente:

1º) Que la norma fundamental que debe tenerse en consideración para decidir si el Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras ha incurrido en el acto arbitrario e ilegal de que se reclama en tales recursos, es la que se contiene en el artículo 73 de la Constitución Política del Estado, según la cual, y en lo pertinente, la facultad “de conocer” de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, “pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, “en caso alguno”,... “revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones...”, disposición que agrega, asimismo, que “para hacer ejecutar sus resoluciones y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decreten los tribunales..., podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren”, preceptuando finalmente, en su inciso cuarto, que “la autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar”;

2º) Que la Carta-Circular de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras impugnada en autos no ha tenido por objeto sino dar cumplimiento a una resolución judicial —hecho no desconocido por los demás en dichos recursos—, en razón de

lo cual, esto es, atendida la circunstancia de haberse generado el requerimiento en una resolución dispuesta por un Tribunal de Justicia, no ha podido dicha autoridad sino dar cumplimiento a la expresada decisión del órgano jurisdiccional, imperativo que resulta incuestionable al tenor de la norma constitucional antes referida —y que con similar alcance establece también el artículo 11 del Código Orgánico de Tribunales—, según la cual no ha podido dicha autoridad “calificar su fundamento” o su “legalidad”, sino darle cumplimiento “sin más trámite”, según los términos claros, literales y explícitos de la disposición de la Carta Fundamental citada, que encabeza el capítulo dedicado en ésta al “Poder Judicial”.

En efecto, admitir que la Superintendencia de Bancos requirida por un Tribunal de Justicia, o que, a su vez, el Banco requerido por aquél califique previamente si la resolución del juez se acomoda o no a la ley, ya en general, ya en lo que hace a la legislación especial concerniente a la información bancaria solicitada por el órgano jurisdiccional, no significaría sino permitir, ora a la Superintendencia, ora al Banco, “revisar los fundamentos o contenido” o “calificar” la “legitimidad” de la resolución que se trata de ejecutar. Y no cabe duda que tal ha sido el mandato que en forma irrestricta ha debido cumplir la indicada Superintendencia, si se tiene en cuenta que la ley ha previsto también la responsabilidad de quien vulnere el mencionado imperativo constitucional, como efectivamente sucede en nuestro ordenamiento penal, al disponer el artículo 253 del Código del ramo que “el empleado público del orden civil..., que requerido por autoridad competente no prestare, en el ejercicio de su ministerio, la debida cooperación para la administración de justicia u otro servicio público”, será sancionado con las penas que la misma norma establece;

3º) Que, en consecuencia, la Carta-Circular de que se trata, por no contener una exigencia “dispuesta”, “decidida”, “generada” o “requerida”, “por” la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, sino emanada de una fuente diversa, esto es de un tribunal de justicia dentro de la jurisdicción y competencia exclusiva de éste y no del órgano administrativo requerido sólo para cumplirla, no ha sido en modo alguno procedente la representación que del acto reclamado se hace en los recursos de protección

al Superintendente, lo que sí ha podido hacerse ante el mismo tribunal que dictó la respectiva resolución, adviniendo los recurrentes al respectivo juicio criminal a través de su comparecencia e intervención por los medios que al efecto sean procedentes en conformidad a las disposiciones de los respectivos Códigos de Procedimiento.

Por otra parte, admitir a su vez la posibilidad de obtener se deje *sin efecto una resolución judicial mediante la interposición de recursos de protección* como los acumulados en esta causa, importaría admitir esta vía excepcional prevista en la Constitución, para impugnar las resoluciones de los tribunales de justicia, lo que no resulta admisible pues las decisiones judiciales no constituyen los “actos” u “omisiones” a los que se refiere el artículo 20 de la Carta Fundamental.

En consecuencia, mientras la resolución dictada en los autos criminales seguidos en este caso, ante un tribunal militar, por la que se exigió la información que ha agraviado a los recurrentes no haya sido dejada *sin efecto de oficio* o a petición de parte interesada formulada por medio de los recursos ordinarios, extraordinarios o disciplinarios pertinentes y en la misma causa en que se la dictó, debe y ha debido mantener todos sus efectos hasta su entera ejecución o diligenciamiento;

4º) Que aunque lo anterior es estrictamente suficiente al efecto del rechazo de los recursos de protección aquí deducidos, se tienen además en consideración, sólo a mayor abundamiento, las siguientes circunstancias:

a) que la debida exégesis del artículo 1º de la “Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques” permite distinguir claramente que en sus tres incisos se refiere también y respectivamente a tres aspectos distintos de una misma cosa, cuales son: al “contrato” de cuenta corriente bancaria, al que define; al “movimiento de la cuenta corriente y sus saldos”; y a “determinadas partidas de la cuenta corriente”, materias éstas respecto de las cuales resulta igualmente claro: 1º) que para “el contrato” de cuenta corriente bancaria como tal, esto es en cuanto a antecedentes tales como su existencia, fecha de su celebración, y nombre y domicilio o profesión y oficio del cuentacorrentista, no ha establecido la ley obligación de reserva alguna por parte del banco; 2º) que para “el movi-

miento de la cuenta corriente y sus saldos”, la norma sí establece que el banco “deberá mantener en estricta reserva, respecto de terceros”, el referido “movimiento” y “saldos”, “y sólo podrá proporcionar estas informaciones al librador o a quien éste haya facultado expresamente”; 3º) que para “determinadas partidas de la cuenta corriente” los tribunales de justicia “podrán ordenar” no obstante su “exhibición..., en causas civiles y criminales seguidas con el librador”;

b) que, como puede apreciarse, sólo algunos aspectos de la cuenta corriente bancaria están sujetos a “estricta reserva, respecto de terceros”, cuales son, como se dijo, “el movimiento de la cuenta corriente y sus saldos”, como señala el inc. 2º, y ni aun éstos en forma absoluta, como quiera que, como ya se dijo, los tribunales podrán aun “ordenar la exhibición de determinadas partidas” de la cuenta corriente en causas civiles y criminales seguidas con el librador, como lo prescribe el inc. 3º ya antes referido, y

c) que del estudio de la disposición legal en referencia, a la luz de la Carta-Circular reclamada en estos autos, se advierte nítidamente que nada hay en ésta que atente contra lo preceptuado por aquélla, como aparece del tenor de dicha comunicación, en que se solicita se informe a la Superintendencia de Bancos si las personas que en ella se individualizan “mantienen cuenta corriente, cuentas de ahorro, depósitos a plazo u otros valores” en la entidad bancaria destinataria de la Carta-Circular, de todo lo cual se infiere que en el referido instrumento no se solicita por la Superintendencia información alguna ni sobre “el movimiento” ni sobre los “saldos” de la cuenta corriente de las personas mencionadas en el mismo documento, por lo que atendido el carácter excepcional de la reserva de los referidos “movimiento” y “saldos”, no se ha podido extender dicha reserva, en su aplicación, a una información a la que no alcanza el texto de la ley;

5º) Que lo dicho precedentemente respecto de la reserva de la cuenta corriente en los limitados términos previstos en el artículo 1º de la Ley de Cheques es igualmente aplicable a la reserva o secreto de que trata el artículo 20 de la Ley General de Bancos, pues en el caso de autos no se han solicitado por el Superintendente de Bancos antecedentes relativos a las “operaciones” que los recurrentes han realizado o realicen respecto de los “depósitos”

que tuvieran en los bancos, sino que exclusivamente acerca de la sola existencia de los mismos, lo que reafirma también el texto mismo de dicho artículo 20, de cuyo tenor se desprende que lo que se procura con tal institución es el evitar se ocasione “daño patrimonial al cliente”, y

6º) Que, finalmente, debe recordarse que el recurso consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política del Estado se ha establecido para reclamar en contra de los “actos y omisiones arbitrarios o ilegales”, y según este tribunal no es arbitraria la actitud del señor Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras, porque sólo se ha limitado a dar cumplimiento a una resolución judicial ni tampoco es ilegal porque al cumplir el mandato judicial dicho funcionario satisfizo y respetó precisamente el precepto categórico contenido en el antes indicado artículo 73 de la Carta Fundamental.

Por las consideraciones anteriores, se revoca la resolución apelada de 18 de enero último escrita a fojas 166, y en su lugar se declara que se rechazan los recursos de protección deducidos en lo principal de fojas 2 y 91, interpuestos el primero por el abogado don Luciano Fouillieux Fernández en favor de don José Galiano Haensch y Lila Bustos Valdivia, y el segundo por el abogado señor José Galiano Haensch en favor de don Pablo Eitel Zapfe y otros.

Acordaba contra el voto de los ministros señores Ramírez y Zurita, quienes estuvieron por confirmar la resolución en alzada teniendo en consideración, para ello, sus propios fundamentos y además el texto del oficio N° 226, de 11 de noviembre de 1987, del 2º Juzgado Militar, en el que se transcribe lo dispuesto por una Fiscalía ad hoc de dicho tribunal y que pide, solamente, que se remitieran los antecedentes allí especificados y “que obran en poder de esta Superintendencia” de manera que la Superintendencia recurrida excedió el mandato judicial al enviar a los bancos e instituciones financieras la Carta-Circular N° 118-98, actuando así fuera de sus facultades legales.

Regístrese y devuélvanse.

N° 11.995.

Pronunciado por los ministros señores *Oswaldo Ramírez M., Oswaldo Erbeta V., Carlos Letelier B., Enrique Zurita C.* y el abogado integrante señor *Luis Cousiño M.-I.*

La sentencia ordenada reproducir en la forma indicada es del tenor siguiente:

“LA CORTE

Vistos:

En lo principal de fojas 2, Luciano Fouillioux, abogado, con domicilio en calle Ahumada N^o 236, oficina 908, de esta ciudad, interpone recurso de protección en favor del abogado José Galiano Haensch y de la cónyuge de éste, Lila Bustos Valdivia, en contra de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, solicitando se declare que dicho organismo debe abstenerse de informar a quien le requiere acerca de los datos pedidos por ella a los entes bancarios y financieros sujetos a su fiscalización, mediante la Carta-Circular N^o 118-98, de 17 de noviembre último, que en fotocopia simple acompaña en el segundo otrosí de la misma foja, que rola a fojas 1, en cuanto se refiere a sus defendidos, el primero de los cuales *mantiene cuenta corriente en el Centrobanco, Oficina Ahumada, cuenta que tiene el N^o 02-42277-8. Fundamentando el recurso, el recurrente sostiene que el hecho de solicitar informes acerca de si una persona tiene cuenta corriente bancaria o de otra naturaleza en un banco o institución financiera, cuyo es el objeto de aquella Carta-Circular, infringe lo dispuesto en el artículo 1^o de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, y, consecuentemente, priva, perturba o amenaza el normal, adecuado e íntegro ejercicio, respecto de sus defendidos, de los derechos que el artículo 19 de la Constitución Política de la República reconoce a todas las personas en sus N^{os}. 4^o, 5^o, 21^o y 24^o.*

En lo principal de fojas 91, José Galiano Haensch, abogado, con domicilio en esta ciudad, Diagonal Pasaje Matte N^o 957, oficina 415 interpone, a su vez, recurso de protección en contra de la misma Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y en favor de Pablo Eitel Zapfe, Rosa Eitel Villar, María Eitel Villar, Cristina Eitel Villar, Eliana Corona Romo, Luis Georgudis Torres, María Torres Gallardo y Luis Georgudis Moya, personas todas éstas a que también se refieren los datos solicitados por la recurrida en la antes mencionada Carta-Circular N^o 118-98, que en fotocopia simple acompaña y rola a fojas 93; y solicita se revo-

que la medida inspectiva contenida en ella y la consiguiente revocación de la misma Carta-Circular. Aduce como fundamento de su pretensión que esa medida infringe abiertamente el art. 1º de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques y el artículo 20 de la Ley General de Bancos, textos legales que amparan el secreto de las convenciones a que se refieren los datos que se solicitan y lesionan, respecto de las personas en cuyo favor recurre, las garantías constitucionales que consagran los N^{OS}. 5 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

A fojas 148 se ordenó acumular ambos recursos.

Informando a fojas 79 el primero de los recursos antes relacionados y a fojas 142, el segundo, Guillermo Fornet Fernández, contador, en su carácter de Intendente de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, domiciliado en la calle Moneda N^o 1123, piso 6^o, de esta ciudad, reconoce que ese organismo, en cuya representación comparece, envió a los bancos y sociedades financieras la Carta-Circular N^o 118-98, de 17 de noviembre de 1987, a que aluden los recurrentes, la que tuvo su origen en el oficio N^o 226, de 11 de noviembre último, del 2^o Juzgado Militar, Fiscal ad hoc señor Carlos Donoso Benedetti, por el cual se solicitó a la Superintendencia le remitiera “todos los antecedentes relativos a cuentas de ahorro, a plazos, corrientes, cuotas en fondos mutuos, y, en general, de todo depósito o cuenta bancaria cuyo titular sea alguna de las personas que se individualizan en lista anexa, que obre en poder de esa Superintendencia”, oficio que en fotocopia simple acompaña, las que rolan a fojas 31 y 94. Hace presente que en la Carta-Circular impugnada por los recurrentes se limitó a solicitar de sus destinatarios el solo dato de si las personas indicadas en el oficio del 2^o Juzgado Militar mantenían cuenta corriente, cuenta de ahorro, depósito a plazo y otros valores, antecedentes cuyo conocimiento no afecta el secreto bancario, ni importa infracción a lo que disponen el artículo 1º de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, ni el artículo 20 de la Ley General de Bancos. Agrega que el artículo 12 del D.F.L. N^o 1.097, de 1975, la faculta para solicitar esos datos de los organismos sujetos a su fiscalización, y que pesa sobre ella, además, la obligación que impone a toda autoridad el artículo 73 de la Constitución Política, en relación con el artículo 11 del Código Orgánico de Tribunales,

bajo sanción de incurrir en el delito que define y sanciona el artículo 253 del Código Penal. Termina refiriéndose al alcance que, en su concepto, debe darse a los artículos 1º de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques y 20 de la Ley General de Bancos y a la forma como la Superintendencia ha procedido siempre en casos análogos al de autos, y pide el rechazo de ambos recursos en todas sus partes, porque no concurren en la especie los presupuestos que según el artículo 20 de la Constitución condicionan su procedencia.

A fojas 148, en la misma resolución que dispuso la acumulación de los recursos, se ordenó traer ambos recursos en relación.

Con lo relacionado, y teniendo en consideración:

Primero: Que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras reconoce en sus informes de fojas 79 y 142, el hecho de haber enviado a los bancos e instituciones financieras, con fecha 17 de noviembre de 1987, la Carta-Circular Nº 118-98 que sirve como fundamento de hecho a los recursos a que se refieren estos autos.

Segundo: Que mediante esa comunicación, cuyo texto consta de idénticas copias de la misma que rolan a fojas 1 a 88, acompañadas por los recurrentes, y a fojas 33 y 96, acompañadas por la recurrida, ésta expresa a sus destinatarios lo que sigue: “Con el objeto de atender oportunamente un requerimiento judicial, sírvase informar a la mayor brevedad, dentro de un plazo máximo de 10 días hábiles bancarios contados desde esta fecha, si las personas que seguidamente se individualizan mantienen cuenta corriente, cuentas de ahorro, depósitos a plazo u otros valores en esta entidad”, y a continuación indica quiénes son esas personas, entre las cuales figuran aquellas en cuyo favor se recurre de protección a fojas 2 y 91.

Tercero: Que en sus informes de fojas 79 y 142, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras explica que el requerimiento judicial a que alude en su Carta-Circular Nº 118-98, tuvo su origen en el oficio Nº 226, de 11 de noviembre de 1987, que le dirigiera el 2º Juzgado Militar en la causa Nº 1510-87, a cargo del Fiscal ad hoc señor Carlos Donoso Benedetti, oficio que

acompaña a esos informes en fotocopias simples, que rolan a fojas 31 y 94, y en el cual se expresa: "En la causa citada en la referencia, que se instruye por el secuestro del Teniente Coronel de Ejército Carlos Carreño Barrera, se ha decretado oficiar a usted a fin de que se sirva tener a bien disponer se remitan a la brevedad posible todos los antecedentes relativos a cuentas de ahorro, a plazo, corrientes, cuotas en fondos mutuos, y en general de todo depósito o cuenta bancaria cuyo titular sea alguna de las personas que se individualizan en lista anexa, que obre en poder de esa Superintendencia". Entre aquellas personas figuran todas las que se señalan en la Carta-Circular N° 118-98.

Visto, además, lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de 29 de marzo de 1977.

N° 381-87P.

Pronunciada por los ministros señora *Marta Ossa R.*, señor *Alberto Echavarría L.*, y señora *Violeta Guzmán F.*."

Por su interés, y por los comentarios que hemos realizado en la Tercera Parte de este trabajo, se reproducen a continuación los considerandos cuarto a duodécimo de la sentencia de la Corte de Apelaciones, revocados, como, asimismo, su parte resolutive.

Cuarto: Que no existe en el Decreto-Ley N° 1.097, de 1975, en el que se contiene la Ley Orgánica de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, disposición alguna que permita a ese organismo acceder a requerimientos de la naturaleza del formulado en el antedicho oficio N° 226, ni siquiera en los términos limitados como lo hizo en su tantas veces mencionada carta-circular. El artículo 12 del precitado decreto-ley, disposición que la recurrida invoca en los informes de fs. 79 y 142 como justificante de su conducta, sólo la faculta para requerir de los administradores y personal de las instituciones sometidos a su fiscalización los antecedentes y explicaciones que juzgue necesarios para informarse acerca de la situación de ellas, de sus recursos, de la forma como administran sus negocios, de la actuación de sus personeros, del

grado de seguridad y prudencia con que hayan invertido sus fondos y, en general, de cualquier otro punto que convenga esclarecer en cumplimiento de su función fiscalizadora.

Quinto: Que el artículo 20 de la Ley General de Bancos, aplicable en la especie a las instituciones financieras comprendidas en la carta-circular N^o 118-98, de acuerdo con lo prescrito en sus artículos 110, 111 y 113, dispone en su inciso primero que los depósitos y captaciones de cualquiera naturaleza que reciban los bancos están sujetos a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular o a quien haya sido expresamente autorizado por él o a la persona que lo represente legalmente. Agrega en su inciso segundo que las demás operaciones quedan sujetas a reserva y los bancos solamente podrán darlas a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar daño patrimonial al cliente, no obstante lo cual, y con el objeto de evaluar la situación del banco, éste podrá dar acceso al conocimiento detallado de estas operaciones y acceso a sus antecedentes a firmas especializadas, las que quedarán sometidas a la antedicha reserva y siempre que la Superintendencia las apruebe e inscriba en un registro que abrirá para estos efectos. A continuación, en su inciso tercero, faculta a los bancos para dar a conocer las operaciones señaladas en los incisos anteriores, en términos globales, no personalizados ni parcializados, sólo para los fines estadísticos o de información, cuando exista un interés público o general comprometido, calificado por la Superintendencia. Finalmente, en su inciso cuarto, prescribe que la justicia ordinaria y la militar, en las causas que estuvieren conociendo, podrán ordenar la remisión de aquellos antecedentes relativos a operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso, sobre los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza que hayan efectuado quienes tengan carácter de parte o inculpado o reo en esas causas.

Sexto: Que el “secreto bancario” y la “reserva” estatuidos en los incisos primero y segundo antes relacionados no pueden entenderse derogados o limitados por resoluciones o instrucciones de especie alguna, y sólo pueden renunciarse por quienes hayan

celebrado con un banco o institución financiera alguna de las operaciones que en ellos se indican, en cuyo favor han sido establecidos.

Séptimo: Que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, al ordenar a sus destinatarios, mediante la carta-circular N° 118-98, que le informen si las personas que en esa comunicación se individualizan mantienen cuentas corrientes, cuentas de ahorro o depósitos a plazo, les está exigiendo, implícitamente, que le informen si existen actualmente en su poder dineros recibidos de dichas personas en razón de esas eventuales convenciones, antecedentes que según el inciso primero del precitado artículo sólo pueden proporcionarse a los titulares de esas cuentas o depósitos o a las personas autorizadas expresamente por ellos o a la persona que los represente legalmente, ninguna de cuyas calidades inviste en la especie la recurrida.

Octavo: Que en cuanto por esa comunicación, la recurrida solicita de los bancos e instituciones financieras informen acerca de si las personas individualizadas en ella mantienen en sus destinatarios “otros valores”, ello significa pedirles que pongan en su conocimiento operaciones diversas de las consideradas en el fundamento anterior, las cuales aquéllos no pueden dar a conocer, de acuerdo con el inciso segundo del antes mencionado artículo 20, sino a las personas y en los casos que allí se señalan, o en una firma especializada para que ésta evalúe la situación del banco.

Noveno: Que, finalmente, si bien dicha comunicación tuvo su origen, como lo reconoce la Superintendencia a fs. 79 y 142, en un requerimiento que le formulara el II Juzgado Militar —el cual rola en fotocopia a fs. 31 y 94—, en éste no se indican específicamente las operaciones a que se refieren los datos solicitados, ni se explican de modo alguno las relaciones que existen entre ellas y el proceso, ni el carácter que invisten en la causa las personas que en él se individualizan, requisitos exigidos en el inciso cuarto del ya mencionado artículo 20 para que a un tribunal ordinario o militar puedan dársele a conocer esos datos.

Décimo: Que de lo expuesto en los cinco considerandos que anteceden, resulta que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, al enviar a las instituciones sujetas a su fiscalización la carta-circular N° 118-98, de 17 de noviembre de 1987, con la finalidad que en ella se expresa, actuó sin facultad legal que la autorizara para proceder de aquel modo e infringiendo, además, lo que dispone el artículo 20 de la Ley General de Bancos en sus incisos primero, segundo y cuarto, circunstancias que permiten calificar esa carta-circular como un acto ilegal y, por lo tanto, carente de toda eficacia jurídica, de acuerdo con lo que dispone el artículo 7° de la Constitución Política de la República.

Undécimo: Que la misma carta-circular amenaza, respecto de quienes se han interpuesto los recursos de protección de lo principal de fs. 2 y de lo principal de fs. 79, el legítimo ejercicio del derecho que el artículo 19, número 5°, de la Constitución Política de la República reconoce a todas las personas, consistente en la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, carácter que tienen los documentos que dan cuenta o dicen relación con operaciones bancarias celebradas por ellas; y

Duodécimo: Que, en cambio, dicho acto no constituye, en relación con esas mismas personas, una amenaza específica y directa al legítimo ejercicio de los derechos que el mismo artículo reconoce en sus números 4 y 24, y tampoco del que contempla en su número 21, en relación con las personas en favor de las cuales se dedujo el recurso de lo principal de fs. 2.

Visto, además, lo que disponen el artículo 21 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de 29 de marzo de 1977, se decide:

1°.— Que se acoge el recurso de protección interpuesto en lo principal de fs. 2 por el abogado Luciano Fouilloux Fernández en favor de José Galiano Haensch y de Lila Bustos Valdivia, y se dispone que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras deberá abstenerse de informar al II Juzgado Militar acerca de los antecedentes relativos a dichas personas que este tribunal le solicitara en la causa N° 1510-87, a cargo del Fiscal Ad Hoc

señor Carlos Donoso Benedetti, relativos a dichas personas, mediante oficio N^o 226, de 11 de noviembre de 1987; y

2^o.— Que se acoge el recurso de protección interpuesto en lo principal de fs. 79, por el abogado José Galiano Haensch, en favor de Pablo Eitel Zapfe, Rosa Eitel Villar, María Eitel Villar, Cristián Eitel Villar, Eliana Corona Romo, Luis Georgudis Torres, María Torres Gallardo y Luis Georgudis Moya, disponiéndose, igualmente, que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras deberá abstenerse de informar al mismo tribunal respecto de los antecedentes relativos a las antedichas personas, en la causa y mediante el oficio señalados en la decisión precedente.

Póngase esta sentencia en conocimiento del II Juzgado Militar, mediante oficio.

Regístrese y archívense estos autos en su oportunidad.

Redacción del Ministro don Alberto Echavarría Lorca.

Corte Suprema, 19 de enero de 1989

*Corte de Apelaciones de Santiago,
23 de agosto de 1988*

**SOCIEDAD MANUEL LOPEZ CORCES, HIJOS
Y CIA. LTDA., CON JUEZA DEL TERCER
JUZGADO DE MENORES DE SANTIAGO**

(recurso de protección)

Resolución judicial – Antecedentes sobre saldos de cuentas bancarias – Inviolabilidad de comunicaciones privadas (art. 19 N° 5° Constitución) – Documentos privados (noción) – Secreto bancario – Ley General de Bancos (art. 20) – Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias (art. 1°) – Deber de reserva impuesto a bancos sobre movimientos de cuentas corrientes y saldos – Atribuciones de los Tribunales de Justicia – Juicio de alimentos (potestades del juez) – Acto jurisdiccional ilegal (incompetencia/exceso de poder/acto nulo: art. 7° Constitución) – Tercero ajeno a litigio – Recurso de protección (requisitos de procedencia) – Atribuciones del tribunal de protección (informalismo) – Recurso de protección en contra de resoluciones judiciales (procedencia).

MEDIDA DE PROTECCIÓN.– Se deja sin efecto resolución judicial recurrida.

DOCTRINA.– *No obliga al tribunal que conoce una protección la fundamentación legal que sirve de base al recurrente para deducirla, pudiendo, por lo tanto, incluso acogerla apoyado en disposiciones constitucionales y legales diferentes, pues toca al juez decir el Derecho en el caso sometido a su conocimiento y decisión.*

Tratándose de un asunto referente a cuentas corrientes bancarias y cheques, es de aplicación preferente el estatuto legal que regula este contrato específico y no las disposiciones generales de la Ley de Bancos.

Según la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, los bancos deben mantener en estricta reserva, respecto de terceros, el movimiento de la cuenta corriente y de sus saldos, lo que no obsta a que los Tribunales de Justicia puedan ordenar la exhibición de determinadas partidas de la misma en causas civiles y criminales seguidas con el librador. Por ello resulta manifiestamente ilegal, y en un doble aspecto, la resolución judicial que ordena a los bancos informen el saldo de determinadas cuentas corrientes de un tercero ajeno al litigio, aun si uno de los socios de la sociedad dueña de esas cuentas es demandado en un proceso.

Los instrumentos en que constan la existencia del contrato de cuenta corriente, los depósitos, giros y demás operaciones propias de los bancos, dada la estricta reserva que la ley les impone a éstos, deben asimilarse a los documentos privados comprendidos en la garantía de la inviolabilidad contemplada en el art. 19, Nº 5º de la Constitución, y cuyo registro sólo se permite en los casos y formas determinados por la ley.

Una resolución judicial manifiestamente ilegal por exceder la atribución normativa que le habilita para actuar y que afecta con ello derechos de terceros protegidos por el art. 20 de la Constitución, hace procedente la interposición del recurso de protección, el cual, en tal caso, debe ser acogido.

LA CORTE

Vistos:

Se reproduce sólo la parte expositiva y primer fundamento de la sentencia apelada; y se tiene en consideración:

1º) Que, discrepando de la fundamentación legal del recurso, cabe señalar que el asunto de autos debe regirse por el artículo primero, incisos segundo y tercero, del Decreto con Fuerza de Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, porque este precepto es de aplicación preferente, ya que integra dicho estatuto legal relativo a un contrato en particular;

2º) Que, junto con ordenar dicha disposición que el banco deberá mantener en estricta reserva, respecto de terceros, el movimiento de la cuenta corriente y sus saldos, prescribe que, no

obstante, los tribunales podrán ordenar la exhibición de determinadas partidas de la misma en causas civiles y criminales seguidas con el librador;

3º) Que del expediente rol Nº 54.991, del Tercer Juzgado de Menores de esta capital, sobre alimentos de las menores López Zabala, que se tiene a la vista, consta que el 30 de marzo de 1988 se dictó la resolución de fojas 312 vuelta, por la cual, acogiéndose una solicitud de las alimentarias, se dispuso oficiar a los bancos en los que tiene cuenta corriente, entre otros, la Sociedad Manuel López Corces Hijos y Compañía Limitada, a fin de que informen “el saldo de sus respectivas cuentas corrientes que se encuentran también individualizadas en los autos, al día 30 de cada mes a contar del día 30 de junio de 1986 hasta el 30 de junio de 1987”;

4º) Que la referida resolución es manifiestamente ilegal, porque no se ajusta a la norma recordada en el segundo fundamento precedente. En efecto, resulta evidente que la orden expedida no se refiere a la exhibición de determinadas partidas de una cuenta corriente y, por otra parte, la aludida causa civil sobre alimentos no se ha seguido con la sobredicha Sociedad, titular de una de las cuentas corrientes de cuyo saldo se dispone información, sino con don Enrique López Riera, persona natural, lo que no se desvirtúa por el solo antecedente que éste sea uno de los socios de aquella Sociedad, según consta también de autos;

5º) Que la estricta reserva impuesta a los bancos en los términos recordados en el fundamento segundo, hace que lógicamente los instrumentos en que constan la existencia del contrato de cuenta corriente, los depósitos, giros y demás operaciones que le son propias, deben asimilarse a los “documentos privados” comprendidos en la garantía de inviolabilidad contemplada en el Nº 5º del artículo 19 de la Constitución Política y cuyo “registro” sólo se permite en los casos y formas determinados por la ley;

6º) Que, ahora bien, como la orden de informar expedida en la resolución calificada ya de ilegal implica propiamente el “registro” o examen de los respectivos instrumentos, resulta evidente que aquella garantía constitucional ha sido vulnerada; y con ello corresponde acoger el recurso en examen, respecto del

cual este tribunal ya declaró su admisibilidad por resolución de doce de mayo del año último.

Por estos fundamentos y de conformidad, además, con el artículo 20 de la Carta Fundamental y el Auto Acordado de esta Corte Suprema de 29 de marzo de 1977, se revoca la sentencia apelada de veintitrés de agosto del año último, escrita a fojas 28, y se declara que se acoge el recurso de protección deducido a fojas 11 por don José Antonio López Riera, en representación de la Sociedad Manuel López Corces Hijos y Compañía Limitada, sólo en cuanto se deja sin efecto la resolución de treinta de marzo del año último, corriente a fojas 312 vuelta del expediente tenido a la vista, en lo relativo a la orden de informar por los respectivos bancos de los saldos de las cuentas corrientes de que es titular la referida Sociedad.

Agréguese copia de esta resolución a los referidos autos para su cumplimiento.

Regístrese y devuélvanse, así como el expediente agregado.

Rol N° 13.087.

Octavio Ramírez M., Osvaldo Erbetta V., Carlos Letelier B., Enrique Zurita C., Enrique Urrutia M.

La sentencia ordenada reproducir es del tenor siguiente:

LA CORTE

Vistos:

La Sociedad Manuel López Corces Hijos y Compañía Limitada solicita la protección de esta Corte a raíz de una resolución dictada por la magistrado del Tercer Juzgado de Menores de la capital, la que considera ilegal, por cuanto al no respetar la inviolabilidad de los antecedentes bancarios de sus cuentas corrientes, no sólo infringe lo que respecto del secreto bancario estatuye el artículo 20, inciso cuarto de la Ley General de Bancos, sino que, lo que es más, vulnera la garantía establecida en el numeral quinto del artículo 19 de la Constitución de 1980.

Expresa que la señora jueza ha pedido a diversos bancos el

saldo de sus cuentas bancarias, arrojado mensualmente entre los meses de junio de los años 1986 y 1987, lo que le estaba vedado por el citado texto legal, toda vez que la facultad que a los tribunales éste confiere está restringida exclusivamente a quienes son parte en determinado procedimiento y, por ende, jamás puede afectar a un tercero, cuyo es el caso.

Termina requiriendo que esta Corte deje sin efecto la resolución de que se trata y que rolaría a fs. 312 vta. del expediente rol N° 54.991 del mencionado tribunal, en el que se ventila una acción alimenticia dirigida a establecer una pensión que gravaría, en carácter de alimentante, a un socio de la peticionaria de fojas 11 de este cuaderno.

Aparejó al libelo la documentación que rola en las diez primeras fojas y proporcionó la información que se lee a fojas 20.

Informando a fs. 26, la señora jueza invoca el precedente emanado de la Excma. Corte Suprema, con fecha once de mayo del presente año, en orden a desestimar similar protección intentada en relación con el señalado rol. Añade que la disposición legal que la Sociedad esgrime como fundamento jurídico de su acción, la faculta expresamente para actuar como lo hizo, por cuanto los oficios que dispuso tienen directa relación con uno de los socios de la presente actora y, por consiguiente, debe entenderse que ella decidió respecto de quien es parte en la causa alimenticia.

Se trajeron los autos en relación y se escuchó al abogado de la solicitante.

Y teniente presente:

1º) Que para que esta Corte esté jurídicamente en situación de conceder la protección que en este caso se le solicita, imprescindible resulta que:

- a) El acto de la jueza recurrida sea ilegal o arbitrario;
- b) La recurrente haya sufrido privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de la garantía de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada que consagra el artículo 19 N° 5º de la Constitución; y
- c) Que tales trastornos sean directa e inmediata consecuencia de las anunciadas ilegalidad o arbitrariedad.

INTRODUCCION

1. El tema del secreto bancario es una cuestión de gran actualidad desde el punto de vista jurídico, y es cada vez más creciente el número de trabajos que se publican sobre él, especialmente en los países del concierto europeo; incluso, hay estudios monográficos íntegramente dedicados al tema o a alguna de sus aristas, y los tribunales de muchos países, cada vez más, se ven enfrentados a tener que decidir casos en los cuales el punto central es, precisamente, el secreto bancario.

Es, por lo demás, el secreto bancario un tema que difícilmente podrá dejar de estar en actualidad, por ser, como hemos señalado *supra*, el centro de una intensa pugna de intereses, públicos y privados. La institución, entonces, presenta indudables caracteres interdisciplinarios. Así, frente al derecho público, y especialmente frente al derecho administrativo, deberá encontrar armonía a la doble vertiente propia de esta parcela del derecho: prerrogativas de la Administración y garantías de los administrados. Frente a otras parcelas del derecho, como el derecho procesal, se enfrentarán los intereses particulares con los de la sociedad, representados por el juzgador, etc. No se piense, pues, que su veta jurídica más rica será el enfrentamiento con la Administración tributaria, con motivo de la búsqueda de antecedentes para la aplicación de impuestos; no es así, y, ya sea a partir de ella o de otros orígenes, deberá el jurista encontrarse con el delicado problema de fundamentar este instituto, fundamento que es incapaz de proporcionar, por sí solo, el derecho privado, por estar emparentado con

hondas raíces públicas, como manifestación que es —y esta es nuestra opinión, que ya hemos expuesto— de un derecho fundamental que toda Constitución debe proteger; deberá el jurista analizar las facultades del órgano, normalmente de la Administración —ya sea financiero, tributario o fiscalizador—, que esté envuelto en cada caso, etc.

2. El propósito del autor (y de esta parte del trabajo) no es otro que ofrecer un elenco bibliográfico básico para que los interesados puedan comenzar cualquier investigación sobre el secreto bancario. Así, se ofrece el fruto de la primera parte de toda investigación: la recogida del material, o de las fuentes, con el objeto de facilitar a quienes con mayor o menor autoridad puedan avanzar al siguiente estadio, y concretar reflexiones sobre el tema.

3. No existen muchos trabajos monográficos de largo aliento, a través de los cuales se haya intentado agotar todos los perfiles de este instituto, de por sí tan rico en facetas.

El trabajo general más completo que se ha editado es el libro *Le secret bancaire suisse. Etendue et limites en droit privé, pénal, administratif, fiscal, judiciaire, dans le cadre des conventions internationales et selon la jurisprudence des tribunaux des Etats-Unis*, de Maurice Aubert, Jean-Philippe Kernén y Herbert Schönle (Berna, Verlag Stämpfli y Cie. AG, 1982); y, por lo tanto, imprescindible en esta materia, cuya traducción española se ha publicado recientemente [Aubert, Kernén y Schönle, *El secreto bancario suizo* (Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1990), 576 págs.], edición en la que el autor de estas líneas ha participado en la traducción de una de sus partes. En esta obra es posible encontrar importantes desarrollos dogmáticos sobre el fundamento jurídico y los límites del secreto bancario, sobre los problemas internacionales que suscita, especialmente importantes frente al derecho suizo, pero generalizables, en lo pertinente, a cualquier ordenamiento jurídico, y una gran riqueza en cuanto a citas bibliográficas y jurisprudenciales.

4. En el acápite final de esta bibliografía —el secreto bancario en textos generales— se incluyen algunos textos que, a pesar de su contenido más general, y no monográfico, tratan específicamente, con mayor o menor amplitud, el secreto bancario, y que siempre son de especial utilidad.

1. ESTUDIOS GENERALES

AIELLO, M., *La tutela del segreto bancario*, en *Quaderni de la Giustizia*, 10 (1982), pp. 14-20.

ANCONA, C., *Manuale del segreto bancario* (Isba, Moveneto, 1983).

Anónimo, Recensión a: FARHAT, R. (citado *infra*), en: *Banca, borsa e titoli di credito*, 1971, XXXIV, I, pp. 304-305.

Anónimo, Recensión a: *Il segreto bancario-Atti del Convegno C.I.D.I.S.* (citado *supra*), en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1979), I, pp. 252-253.

Atti del Convegno Cidis, *Il segreto bancario* (Centro Internazionale di studi giuridici-Casa di Risparmio di Torino, Torino, 5-6 maggio 1978, Cidis, Torino, 1978).

AUBERT, Maurice; KERNEN, Jean-Philippe y SCHÖNLE, Herbert, *Le secret bancaire suisse. Etendue et limites en droit privé, pénal, administratif, fiscal, judiciaire, dans le cadre des conventions internationales et selon la jurisprudence des tribunaux des Etats-Unis*² (Berná, Verlag Stämpfli y Cie. AG, 1982).

AUBERT, Maurice; KERNAN, Jean-Philippe y SCHÖNLE, Herbert, *El secreto bancario suizo* (traducc. Vergara, Rabbi-Baldi, Velaz y Torrelles, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1990), versión castellana del anterior.

BÄRMANN, J., *et al.*, *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse* (Paris, Presses, Universitaires de France, 1974).

BÄRMANN, J., *Le secret bancaire en Allemagne Fédérale*, en: BÄRMANN, J., *et al.*, *Le secret bancaire* (citado *supra*), pp. 15-50.

BERTONI, Raffaele, *Il segreto bancario: un recente libro e un tema di attualità*, en: *Cassazione Penale. Massimario* (1980), pp. 1665-1666 [recensión a: DI AMATO, Astolfo, (citado *infra*)].

BULNES OSSA, Manuel, *El secreto y la reserva bancaria* (Memoria, Santiago, Universidad de Chile, 1987).

CARCANO, G., *SEC e segreto bancario svizzero*, en: *Rivista delle società* (1982), XXVII, pp. 203-211.

CAZORLA PRIETO, Luis María, *El secreto bancario* (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1978).

CHAMBOST, Edouard, *Guide mundial des secrets bancaires* (Paris Editions du Seuil, 1980).

COTTELY, Esteban, *El secreto bancario* (Buenos Aires, Ed. Horizontes Económicos, 1956).

DE LA ESPRIELLA OSSIO, Alfonso, *El secreto bancario* (Bogotá, Editorial Temis, 1979).

DI AMATO, Astolfo, *Il segreto bancario* (Padua, Edizione Scientifiche Italiane, 1979).

FAHRAT, Raymond, *Le secret bancaire. Etude de droit comparé (France, Suisse, Liban)*. (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970) [2ª. ed.: Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980].

G.M. [¿MOLLE, G.?]. Recensión a: SICHTERMANN, S. *Bankgeheimnis und Bauhauskunft* (Frankfurt, Fritz Knapp Verlag, 1957), en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1959), XXII, I, 292-3.

GAVALDA, Ch. y STOUFFLET, J., *Le secret bancaire en France*, en: BARMANN, J., et al., *Le secret bancaire* (citado *supra*), pp. 77-97.

GIANFELICI, Enrico, *Il segreto bancario* (Roma, Baffetti, 1979).

GULPHE, Pierre, *Le secret professionnel du banquier en droit français et en droit comparé*, en: *Revue trimestrielle de droit commercial* (París, 1948), 1, pp. 8-54.

HENRION, R., *Le secret bancaire en Belgique*, en: BÄRMANN, J., et al., *Le secret bancaire* (citado *supra*), pp. 51-75.

HENRION, Robert, *Le secret professionnel du banquier*² (Bruselas, Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1968).

HERRERA PIZARRO, Flavio, *El secreto bancario* (Memoria, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1989).

JAGMETTI, Marco, *Il segreto bancario in svizzera con riguardo anche all'esecuzione e al fallimento*, en: *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* (Milán, 1969), XLIV, I, pp. 400-411.

JIMENEZ DE PARGA, Rafael, *El secreto bancario en el derecho español*, en: *Revista de Derecho Mercantil* (Madrid, 1969), XLVI, 113, pp. 379-409.

KROGH, Massimo, *Uno studio su un tema di grande attualità: il segreto bancario*, en: *Giurisprudenza di merito* (1980), pp. 745-746 [recensión a: DI AMATO, Astolfo, (citado *supra*)].

LABANCA, Jorge, *El secreto bancario* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968).

MALAGARRIGA, Juan Carlos, *El secreto bancario* (Buenos Aires, Abeledo, Perrot, 1970).

MEJAN, Luis Manuel, *El secreto bancario* (Bogotá, Biblioteca Felaban, 1984).

MORAND, Luis, *El secreto bancario*, en: *Aspectos legales del sector financiero* (Santiago, Instituto de Estudios Bancarios Guillermo Subercaseaux, 1981).

MORERA, Renzo, *Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali germanici in tema di segreto bancario*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1965), XXVIII, I, pp. 275-282.

MUELLER, K., *The swiss banking secret. From a legal view*, en: *International Comparative Law Quarterly* (1969), 18, pp. 360-377.

MULLER, M., *Le secret bancaire aux Pays-Bas*, en: BÄRMANN, J., et al., *Le secret bancaire* (citado *supra*), pp. 99-118.

PATERNITI, Carlo, *Conferme e parziali novità in tema di segreto bancario*, en: *L'Indice penale* (1983), 1: 19-29.

PINTO LAVIN, Juan, *Secreto bancario. Régimen legal* (Santiago, Distribuidora Universitaria Chilena, 1980).

PIPITONE, M., *Certeza e dubbi in materia de segreto bancario*, en: *Rassegna Giuridica Umbra* (1981), pp. 201-220.

RUTA, Guido, *Il segreto bancario nella realtà giuridica italiana*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1982), I, pp. 1036-1084.

RUTA, Guido, *Le secret bancaire en droit italien*, en: BÄRMANN, J., et al., *Le secret bancaire* (citado *supra*), pp. 119-138.

SANTINI, Gerardo, *Note sul segreto bancario*, en: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1949), III, 657-64.

SCHMIT, C. y DONDELINGER, A., *Le secret bancaire en droit luxembourgeois*, en: BÄRMANN, J., et al., *Le secret bancaire* (citado *supra*), pp. 139-176.

SCHÖNLE, H., *Le secret bancaire en Suisse*, en: BÄRMANN, J., et al., *Le secret bancaire* (citado *infra*), pp. 177-198.

TEITGEN, P.H., Prefacio a: BÄRMANN, J., et al., *Le secret bancaire* (citado *supra*), pp. 5-7.

URREJOLA ARRAU, Gonzalo, *El secreto de la cuenta corriente bancaria* (Memoria, Concepción, Universidad de Concepción, 1949).

Varios autores, *Esiste il segreto bancario?* (Biella [Vercelli, Italia], Ronda, 1979).

VERGARA BLANCO, Alejandro, *El secreto bancario* (Seminario de titulación, Concepción, Universidad de Concepción, 1983).

VERGARA BLANCO, Alejandro, *El secreto bancario ante el derecho chileno*, en: *Revista de Derecho*, 180 (Concepción, 1986), pp. 39-61.

VERGARA BLANCO, Alejandro, *El secreto bancario ante el derecho chileno*, en: *Cuadernos Iberoamericanos de Estudios Fiscales* (Madrid, 1988), 8, pp. 381-427.

VERGARA BLANCO, Alejandro, *Sobre el fundamento del secreto bancario*, en: *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública* (Madrid, 1988), XXXVIII, 194, pp. 363-390.

VERGARA BLANCO, Alejandro, *Bibliografía sobre secreto bancario*, en: *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, N° 203, año XXXIX, (Madrid, 1989), pp. 1301-1310.

VISCARDI, A., *Deroghe al segreto bancario*, en: *Società* (1984), pp. 909-920.

VISENTINI, G. Recensión a: BÄRMANN, J., et al., *Le secret bancaire* (citado *supra*), en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1973), I, 629-636.

2. SECRETO BANCARIO Y PROCESO

ALIBRANDI, Luigi, *Rivelazione "per giusta causa" di segreto bancario*, en: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. XXI (1978), pp. 1387-93.

BORBUTO, M., *Segreto bancario e giudice penale*, en: *Il Fisco* (1980), pp. 4040-4052.

CRESPI, Alberto, *Ancora sulla tutela del segreto bancario nel processo civile*, en: *Rivista di diritto civile* (1956), I, pp. 288-292.

CRESPI, Alberto, *Diatriba breve sul segreto bancario: nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale (e della responsabilità civile)*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1966), II, pp. 602-607.

CRESPI, Alberto, *Segreto bancario e poteri istruttori del giudice civile*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1961), XXIV, II, pp. 406-410.

GIANNATTASIO, Carlo, *Le fonti del segreto bancario e i suoi limiti specie nei confronti dell'Autorità giudiziaria*, en: *Giurisprudenza Italiana* (1954), I, 2, col. 783-794.

MOLLE, Giacomo, *In tema di segreto bancario*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1974), II, pp. 386-391, 1974 [nota a sentenza Corte di cassazione de 18 julio 1974, id.: pp. 385-404].

PELLIZI, Giovanni, *Banca e segreto bancario di fronte all'istanza di esibizione nel giudizio civile*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1978), I, pp. 229-237.

SECCHI TARUGI, Lucilio, *In tema di segreto bancario*, en: *Il foro italiano* (Roma 1975), I, 1, col. 1452-1472 [nota a sent. Corte cassaz. 18 julio 1974].

3. SEGRETO BANCARIO Y CRIMINALIDAD

AUBERT, Maurice, *Le secret des banques et l'entraide judiciaire*, en: *Revue pénale suisse* (Berna, 1971), LXXXVII, pp. 113-143.

AUBERT, Maurice, *Quelques aspects de la portée du secret bancaire en droit pénal interne et dans l'entraide judiciaire internationale*, en: *Revue pénale suisse* (Berna, 1984), CL, pp. 167-184.

BAJO FERNANDEZ, Miguel, *Límites del secreto bancario*, en: *Papeles de Economía Española* (Madrid, 1980), 4, pp. 165-181.

BELLANTONI, Giuseppe, *Il segreto bancario nella giurisprudenza penale*, en: *L'Indice penale* (1973), pp. 599-609.

CARACCIOLI, I., *Rivelazione ed impiego di notizie coperte de segreto bancario*, en: *Critica Penale* (1978), pp. 93-112.

CENTRONE, Cosimo, *Appunti sulla tutela penale del segreto bancario*, en: *Archivio penale*, XXX (1974), 1, pp. 17-31.

DALIA, A., *Il segreto bancario*, en: *La giustizia penale* (1978), 3, pp. 460-477.

DI AMATO, Astolfo, *Segreto bancario e criminalità organizzata*, en: *Massimario. Cassazione penale* (1974), pp. 1360-1378.

DI AMATO, Astolfo, *Segreto bancario e giustizia penale in Europa*, en: *Il risparmio* (1982), pp. 321-342.

DI AMATO, Astolfo, *Segreto bancario e giustizia penale in Europa*, en: *Massimario. Cassazione penale* (1982), pp. 856-876.

JORGE BARREIRO, Agustín, *Descubrimiento y revelación de secretos. Un estudio de derecho penal español*, en: *Revista de Derecho Público* (Madrid, 1982), 87, pp. 240-276.

MANGANO, P., *La tutela penale del segreto bancario* (Milán, Giuffrè, 1983).

MAZZACUVA, Nicola, *L'obbligo al segreto bancario e la sua rilevanza in sede penale*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1975), II, pp. 143-152.

MAZZACUVA, Nicola, *Riflessi penalistici del segreto bancario: profili attuali*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1984), I, pp. 313-329.

NUVOLONE, Pietro, *Il segreto bancario nella prospettiva penale*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1983), I, pp. 433-446.

NUVOLONE, Pietro, *Il segreto bancario nella prospettiva penale*, en: *Critica giudiziaria* (1978), 4-5, pp. 17-30.

PETRONE, Marino, *Tutela penale del segreto bancario e limiti processuali*, en: *Cassazione penale. Massimario* (1980), pp. 272-277.

ROSSI, Alessandra, *Riflessi penalistici del segreto bancario*, en: *Giurisprudenza Italiana* (1985), CXXXVII, IV, col. 389-400.

4. SEGRETO BANCARIO Y FISCALIDAD

AGUILAR FERNANDEZ-HONTORIA, Jaime, *De nuevo en torno a la defensa de la intimidad como límite a las obligaciones de información tributaria*, en: *Revista de derecho bancario y bursátil* (Madrid, 1985), 17, pp. 71-119.

AGUILAR FERNANDEZ-HONTORIA, Jaime, *La defensa de la intimidad como nuevo límite a las obligaciones de información tributaria*, en: *Revista de derecho bancario y bursátil* (Madrid, 1983), III, 12, pp. 829-847.

AGUILAR FERNANDEZ-HONTORIA, Jaime, *Segreto bancario*, en la obra colectiva dirigida por Sebastián Martín-Retortillo: *Estudios de derecho público bancario* (Madrid, Editorial Ceura, 1987), pp. 299-355.

ALAGNA, Sergio, *La informazioni sulla clientela tra dovere di riservatezza e interesse alla conoscenza delle notizie economiche*, en: *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 80 (1982), I, pp. 121-33.

ARSUAGA NAVASQUES, Juan José, *Consideraciones a favor de la investigación tributaria de las cuentas corrientes*, en: *Gaceta fiscal* (Madrid, 1983), 6, pp. 79-90.

BASANTA DE LA PEÑA, J., *En torno al secreto bancario*, en: *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública* (Madrid, 1978), XXVIII, 1, pp. 765-776.

BASANTA DE LA PEÑA, J., *La banca y los deberes de información tributaria*, en: Varios autores, *Estudios sobre tributación bancaria* (Madrid, Editorial Civitas, 1985), 1, pp. 197-216.

CASELLA, M., *Il segreto bancario e il D.P.R. 15 luglio 1982, N° 463*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1983), XLVI, I, pp. 347-366.

CAZORLA PRIETO, Luis María, *Consideraciones sobre el levantamiento fiscal del secreto bancario en la ley de medidas urgentes de reforma fiscal*, en: Varios autores, *Medidas urgentes de reforma fiscal* (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977), 1, pp. 531-558.

CAZORLA PRIETO, Luis María, *Un supuesto especial de levantamiento del secreto bancario*, en: *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública* (Madrid, 1979), XXIX, 139, 163-171.

CERVERA TORREJON, Fernando, *El secreto bancario desde la perspectiva del derecho tributario*, en: *Crónica tributaria* (Madrid, 1975), 15, pp. 49-64.

CERVERA TORREJON, Fernando, *El secreto bancario en la ley de medidas urgentes de reforma fiscal (un comentario de urgencia)*, en: Varios autores: *Medidas urgentes de reforma fiscal* (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977), 1, pp. 559-600.

CERVERA TORREJON, Fernando, *La colaboración en la gestión tributaria: la investigación de las cuentas corrientes*, en: Varios autores, *Estudios sobre tributación bancaria* (Madrid, Editorial Civitas, 1985), 1, pp. 247-79.

CERVERA TORREJON, Fernando, *La inspección de los tributos. Garantías y procedimiento* (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1975).

CIAVARELLA, Domenico, *Il segreto bancario nella problematica del giudice penale e nella repressione fiscale-valutaria*, en: *Tributi* (1980), 3/4, pp. 5-64.

CIMINIELLO, Carlo, *La deroga al segreto bancario*, en: *Diritto e pratica tributaria* (1980), LI, 1, pp. 1156-1166.

CLAVIJO HERNANDEZ, Francisco, *Algunas observaciones sobre el secreto bancario en el ordenamiento financiero español*, en: *Revista española de derecho financiero* (Madrid, 1977), 15/16, pp. 859-872.

CURAMI, Gianni, *Il segreto bancario nella normativa fiscale*, en: *Il risparmio* (1983), pp. 573-583.

DIAZ-ARIAS, José Manuel, *Análisis de la controversia suscitada sobre la investigación de cuentas corrientes: una opinión a favor del contribuyente*, en: *Gaceta fiscal* (Madrid, 1983), 6, pp. 93-101.

FALCON TELLA, R., *El levantamiento del secreto bancario frente a la administración tributaria*, en: *La ley* (Madrid, 1983), IV, pp. 658-668 [nota a sentencia de Tribunal Supremo español, de 29 julio 1983].

FERNANDEZ CUEVAS, A., *Nota breve sobre el llamado secreto bancario y el derecho a la intimidad*, en: *Crónica Tributaria* (Madrid, 1980), 34, pp. 49-50.

GARCIA-ROMEU FLETA, J.E., *Secreto bancario y colaboración en la gestión tributaria*, en: Varios autores, *Medidas urgentes de reforma fiscal* (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977), 1, pp. 513-530.

GATTUCCIO, A., *Il segreto bancario: particolari aspetti alla luce delle nuove disposizioni legislative*, en: *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* (1982), LVII, pp. 777-785.

LUIS, F. DE, *El deber de colaboración tributaria de las empresas crediticias*, en: *Crónica Tributaria* (Madrid, 1978), 24, pp. 121-130.

MAFFEZZONI, M., *Secreto bancario e indagine fiscale*, en: *Bolletín Tributario*, 11 (1983), pp. 885-897.

MENENDEZ HERNANDEZ, J., *El deber de colaboración de los bancos y el secreto bancario*, en: *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública* (Madrid, 1978), XXVIII, 1, pp. 319-321.

MERINO JARA, Isaac, *La colaboración de las entidades bancarias y crediticias en la gestión tributaria*, en: *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* (Cáceres, 1984/1985), 3, pp. 295-317.

MICALI, Santi, *Fisco e "segreto bancario"* (Milán, Giuffrè, 1984).

NOVELLI, T. y JANNUZZI, A., *Il segreto bancario tra miti e realtà*, en: *L'iva e gli altri tributi erariali* (1979), pp. 869-887.

PALMIERI, Alfonso, *Nuove breccie nel segreto bancario*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1981), I, pp. 77-97.

PALTRINIERI, V., *Riflessioni in tema di segreto bancario. A proposito di un recente intervento normativo (tributario)*, en: *Rivista italiana di diritto e procedura penale* (1980), pp. 762-790.

PERRONE, *L'abolizione della pregiudiziale tributaria e l'ampliamento delle deroghe al segreto bancario: due toppe nell'evoluzione dell'accotamento*, en: *Il Fisco*, 26 (1982), pp. 3051-3073.

VISENTINI, Gustavo, *Nuove proposte sul segreto bancario nei rapporti con gli uffici tributari*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1982), I, pp. 252-261.

5. FUNDAMENTACIÓN DEL SECRETO BANCARIO. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES Y ADMINISTRATIVOS

ALESSI, Giuseppe, *Legittimità costituzionale delle tutela del segreto bancario (art. 77 e 78 legge bancaria)*, en: *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* (1980), I, pp. 142-150.

DI AMATO, Astolfo, *Il segreto bancario nella prospettiva costituzionale*, en: *Il risparmio* (1983), pp. 283-296.

BATLLE SALES, Georgina, *El secreto de los libros de contabilidad y el secreto bancario. Dos manifestaciones del derecho a la intimidad privada*, en: *Revista general de legislación y jurisprudencia* (Madrid, 1975), LXXI, 1, pp. 5-44.

BESSONE, M., *Segreto bancario, diffusione de informazioni riservate e responsabilità per danni*, en: *Il Foro Italiano*. 1975, IV, col. 183-187 [nota a sentenza].

CAMMORANO, G., *Riflessioni sul segreto bancario alla luce delle misure per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*, en: *Legislazione economica, settembre 1979-agosto 1980* (Giuffré Milano, 1982), pp. 71-97.

DALIA, Andrea, *Notizie segrete e banca dei dati* (Milán, Giuffré, 1982).

DI AMATO, Astolfo, *Il segreto bancario nella prospettiva costituzionale*, en: *Rassegna di diritto civile* (1983), pp. 963-985.

DOMINIONI, O., *Riservatezza bancaria e polizia*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1978), II, pp. 349-354 [nota a sent.].

GAVALDA, Christian, *Responsabilité professionnelle du banquier. Contribution à la protection des clientes de banque* (París, Económica, 1978).

INFELISSI, L., *Fondamento e limiti del segreto bancario*, en: *Legislazione economica (gennaio 1982-dicember 1983)*, (Milán, Giuffré, 1985), pp. 753-778.

JANNUZZI, A., *Fondamento giuridico-economico e limite del segreto bancario*, en: *Rivista bancaria* (1979), pp. 235-251.

MAZZARELLA, Salvatore, *A proposito del c.d. [cosiddetto] obbligo del segreto bancario*, en: *Giurisprudenza italiana* (1968), I, 2, col. 565-573 [nota a sentencia de Tribunal de Milán, 21 marzo 1966].

NOGUEROLES PEIRO, Nicolás, *La intimidación económica en la doctrina del Tribunal Constitucional*, en: *Revista española de derecho administrativo* (Madrid, 1986), 56, pp. 559-584.

PORZIO, Mario, *Il fondamento normativo del segreto bancario*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1982), I, pp. 1018-26.

RUGARLI, G., *Osservazioni in margine ad una diatriba breve sul segreto bancario*, en: *Banca, borsa e titoli di credito*, 1967, I, pp. 285-289.

RUTA, Guido, *Il fondamento giuridico del segreto bancario nel sistema della legge bancaria*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1964), I, pp. 317-346.

SALVESTRONI, Umberto, *Segreto bancario, diritto alla riservatezza e comunione legale tra coniugi*, en: *Studi senesi* (1980), pp. 311-319.

6. OTROS ASPECTOS

ALAGNA, Sergio, *Il segreto bancario (profili generali)*, en: *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* (1982), LVII, pp. 769-776.

ALAGNA, Sergio, *Il segreto bancario in una dimensione assiologica: limite e deroghe all'istituto nella prospettiva di una riforma del sistema bancario*, en: *Vita Notorile* (1979), pp. 475-485.

BRICOLA, F., *L'art. 10 della legge bancaria*, en: *Giurisprudenze commerciali* (1980), I, pp. 741-752.

BROLI, Carlo, *Brevi note sul diritto del correntista bancario alla visione integrale dell'assegno da lui emesso*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Mi-

lán, 1972), XXXV, II, 425-30 [nota a sent. Corte Apel. Catania de 13 octubre 1971].

CAPALDO, L., Recensión a: *Il segreto bancario: Atti del convegno di Pontremoli, 22-24 giugno 1979*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1980), I, 371-5.

FABIA, Ch., *L'institution de secret bancaire au Liban*, en: *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1957, X, 53-71.

LEDERREY, J.-L., *Les limites actuelles du secret bancaire*, en: *Journal de Genève* [Dossier: L'initiative sur les banques] (8 mayo 1984), p. 3.

MARTORANO, Federico, *Convenzione di assegno e segreto bancario*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1978), XLI, I, 217-28.

RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe, *Limiti del diritto del correntista bancario alla visione integrale dell'assegno da lui emesso*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1971), XXXIV, II, 553-7 [nota a sent. Corte Apel. Catania de 13 octubre 1971].

SACERDOTI, Giorgio, *Questioni in tema di segreto bancario e legislazione antitrust nei rapporti internazionali*, en: *Rivista di diritto internazionalisti privato e procesalli* (1969), pp. 1082-1096 [nota a sentencia de la Corte de Apelaciones de Nueva York: *United States v. First National City Bank*].

SPANO, E., *La convenzione fra le banche svizzere relativa all'obbligo di agire con oculteza nell'accertazione di denaro e nell'uso del segreto bancario*, en: *Rivista delle società* (1979), pp. 1310-1399.

VIGO, R., *Convenzione relativa all'obbligo delle branche di agire con oculteza nell'accertazione di denaro e nell'uso del segreto bancario (1º luglio 1982)*, en: *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1983), I, pp. 566-579.

VILLA, J.K., *A critical View of Bank Secrecy Act Enforcement and the Money Laundering Statutes*, en: *Catholical University Law Review* (1988), XXXVII, 2, pp. 489-497.

VITALE, P., *Segreto bancario e ordinamiento dei crédito*, en: *Democrazia e diritto*, 1980, pp. 309-323.

7. ALGUNA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Tribunal Constitucional español, *Sentencia de 23 julio 1986*, en: *Impuestós* (Madrid, 1986), 12, pp. 77-83.

Tribunal Constitucional español, *Sentencia de 26 noviembre 1984*, en: *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (Madrid, 1984), 44, pp. 1421-1429.

Tribunal Supremo español, *Sentencia de 14 junio 1983*, en: *La ley* (Madrid, 1983), IV, pp. 615-617.

Tribunal Supremo español, *Sentencia de 29 julio 1983*, en: *La ley* (Madrid, 1983), IV, pp. 658-674.

8. EL SECRETO BANCARIO EN TEXTOS GENERALES O SOBRE OTROS TEMAS

BATLLE SALES, Georgina, *El derecho a la intimidad privada y su regulación* (Alcoy, Editorial Marfil S.A., 1972), (El secreto bancario, pp. 115-122).

BAUCHE GARCADIIEGO, Mario, *Operaciones bancarias, activas, pasivas y complementarias* (México, Editorial Porrúa S.A., 1974), p. 358.

CREMIEUX, Marcel, *Le secret des affaire*, en: *L'information en droit privé* (París, L.G.D.J., 1978), p. 476.

DENEREAZ, Maurice, *Les banques suisses: mythes et réalités*, en: *Revue International d'Histoire de la Banque* (1983), pp. 231-263.

DI AMATO, Astolfo, *Banche: controlli e sequestri* (Varese, Giuffré, 1984).

FREDERICQ, Louis, *Traité de droit commercial belge* (Gand, Editions Fecheyr, 1952), Tomo IX.

GARRIGUES, Joaquín, *Contratos Bancarios* (Madrid, s/editorial, 1958).

GARRIGUES, Joaquín, *La operación bancaria y el contrato bancario*, en: *Revista de Derecho Mercantil*, 66 (1957), pp. 271-297.

GIANNATTASIO, Carlo, *Vent'anni di giurisprudenza sui contratti bancari (1942-1961)* [segreto bancario: § 5 y 6], *Banca, borsa e titoli di credito* (Milán, 1962), XXV, I, pp. 101-28.

KOSTORIS, Sergio, *Il segreto bancario*, en: *"Il segreto" comme oggetto della tutela penale* (Padua, Cedam, 1964).

LOPEZ DOMINGUEZ, F., *La ley de medidas urgentes de reforma fiscal* [segreto bancario] (Bilbao: Ediciones Deusto, 1979), pp. 1-22.

LORD CHORLEY, Q.C., M.A., *Law of banking* (London, Sir Isaac Pitman and Sons Ltd., 1967).

MOLLE, Giacomo, *I contratti bancari*, en: *Trattato di diritto civile e commerciale* (Antonio Cicu y Francesco Messineo), XXXV, 1 (Milano, Giuffrè Editore, 1966).

NUVOLONE, Pietro, *Problemi di diritto penale bancario* [§ 6. Segreto bancario], en: *Banca, borsa e titoli di credito*, 1976, XXXIX, I, pp. 180-182.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, *Derecho bancario* (México, Editorial Porrúa S.A., 1978) (secreto bancario, p. 57 ss.).

RUTA, Guido, *Lineamenti di legislazione bancaria* (Roma, Associazione Bancaria Italiana, 1965) (pp. 263-289).

SCHÖNLE, Herbert, *Bank-und Borsenrecht* (München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1976) (Pertinentes: pp. 41-46).

SOTO KLOSS, E., *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. [§ El secreto bancario y el recurso de protección] (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982, pp. 118-127).

VASSEUR, Michel y MARIN, Xavier, *Les comptes en banque*, 1 (París, Sirey, 1966).

VASSEUR, Michel, *Droit et Economie Bancaires, II, Les Operations de Banque* (París, 1983), pp. 21-35.

Prólogo de Luis Morand Valdivieso	9
Palabras previas	11

INTRODUCCION

1. La función del banquero desde su origen hasta hoy	13
2. Secreto bancario y función bancaria	15
3. La problemática del secreto bancario	17

Primera Parte

ASPECTOS GENERALES DEL SECRETO BANCARIO 19

I. CONCEPTO Y CARACTERES	19
1. Concepto	19
2. Caracteres	21
II. FUNDAMENTO	23
1. Explicaciones previas	23
a) Justificación del secreto bancario	23
b) La búsqueda del fundamento del secreto bancario	24
c) La controversia sobre el fundamento del secreto bancario	24
2. Visión crítica de las diferentes posiciones doctrinales	25
a) Tesis que considera el secreto bancario como un secreto profesional	25
b) Tesis que fundamenta el secreto bancario en el uso	31
c) Tesis que fundamenta el secreto bancario en la voluntad de las partes	35

d) Tesis que fundamenta el secreto bancario en la correcta ejecución del contrato y en la buena fe	38
e) Tesis que fundamenta el secreto bancario en la protección a la actividad bancaria	41
f) Tesis que configura el secreto bancario como manifestación del derecho a la intimidad	44
3. El fundamento del secreto bancario. Desarrollo de una hipótesis	45
III. HISTORIA LEGISLATIVA Y ACTUAL CONSAGRACION	51
1. Historia legislativa	51
2. Su actual consagración	56
IV. SUJETOS DEL SECRETO BANCARIO	58
1. Sujeto activo	58
2. Sujeto pasivo	60
A) Bancos	61
a) Bancos comerciales	62
b) Banco del Estado	62
B) Sociedades financieras	63
C) Empleados, funcionarios o dependientes	64

Segunda Parte

EL SECRETO BANCARIO ANTE LA LEGISLACION CHILENA. UN ENFOQUE INTERDISCIPLINARIO	65
I. EL SECRETO BANCARIO FRENTE AL PROCESO	66
1. Aspectos generales	66
2. Reglas de procedimiento civil	72
a) Exhibición de documentos	72
b) Declaración de testigos	73
c) Medidas prejudiciales y de embargo	74
3. Casos especiales	75
a) El secreto de la cuenta corriente bancaria	75
b) El secreto bancario frente a la quiebra	77
c) El secreto bancario frente a la justicia de menores	78
d) El secreto bancario frente a la justicia del trabajo	79
e) El secreto bancario frente a la justicia arbitral	80
4. Reglas de procedimiento penal	80
a) Entrada y registro en lugar cerrado	81

b) Registro de libros y papeles	81
c) Examen de cuentas corrientes bancarias en casos de índole tributaria	82
d) El banquero como testigo	83
II. EL SECRETO BANCARIO FRENTE A LA ADMINISTRACION	84
1. Aspectos generales	84
2. Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras	86
3. Superintendencia de Valores y Seguros	90
4. Contraloría General de la República	91
III. EL SECRETO BANCARIO FRENTE AL FISCO	92
1. Antecedentes generales	92
2. Revisión de cuentas corrientes por el S.I.I.	96
a) Algo de historia	96
b) Exégesis	97
IV. OTROS ASPECTOS.	99
1. El secreto bancario frente a la legislación penal	99
2. El secreto bancario ante las normas de rango constitucional	100
3. El secreto bancario ante la legislación civil	101
4. El secreto bancario ante la legislación laboral	102
5. Secreto bancario y cooperación judicial internacional	102

Tercera Parte

LINEAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE SECRETO BANCARIO	107
I. INTRODUCCION	107
II. ANALISIS JURISPRUDENCIAL	110
1. Caso Chiofalo	110
2. Caso Banco O'Higgins	113
3. Caso Banco de Santiago.	117
4. Caso Gómez Montt	120
5. Caso Galiano Haensch	122
6. Caso Sociedad López	125

III. COMENTARIOS FINALES	127
APENDICE JURISPRUDENCIAL.	131
BIBLIOGRAFIA	207
INTRODUCCION	207
1. Estudios generales	209
2. Secreto bancario y proceso	212
3. Secreto bancario y criminalidad	213
4. Secreto bancario y fiscalidad	214
5. Fundamentación del secreto bancario. Problemas constitucionales y administrativos	217
6. Otros aspectos	218
7. <i>Alguna jurisprudencia extranjera</i>	219
8. El secreto bancario en textos generales o sobre otros temas	220