

Secreto Bancario: Control vs. Intimididad de las Personas

El Gobierno presentó ante el Congreso Nacional, un proyecto de ley que confiere al Servicio de Impuestos Internos (SII) acceso a los movimientos de las cuentas corrientes y otras operaciones bancarias de las personas naturales y jurídicas, para lo cual tendría que recabar autorización judicial. Esta norma se aplicaría tanto en las fiscalizaciones de los tributos nacionales, como ante las peticiones de cooperación de administraciones tributarias extranjeras.

La necesidad de aprobar esa iniciativa se fundamentó en que es un requisito para que el país se pueda incorporar a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Se trata de un estándar de fiscalización tributaria exigida por ella y de amplia aplicación en los países miembros, como una forma de combatir la evasión tributaria en el movimiento de recursos entre ellos o impedir que alguno se transforme en "refugio" de dineros no tributados en otro.

Sin embargo, durante la tramitación del proyecto, surgió una segunda razón no expresada con claridad en el primer momento: esa medida contribuiría a combatir la evasión interna entre 2 y 3 puntos porcentuales, por el equivalente a entre US\$ 600 y US\$ 800 millones anuales¹.

El Gobierno pretende que se apruebe un cambio a una antigua legislación, que expresa lo mejor en cuanto a cautelar un principio fundamental de toda sociedad verdaderamente libre: el respeto a la vida privada. La exigencia de que el levantamiento de la protección a nivel bancario se haga previa justificación de su necesidad ante un tribunal, no es una forma de imposibilitar o entorpecer la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones tributarias, sino la exigencia un estándar básico de protección de los derechos ciudadanos.

Antecedentes para entender el alcance de la discusión

Para entender debidamente el proyecto, es necesario precisar algunas cuestiones.

Por una parte, que la legislación bancaria² distingue entre operaciones que están sometidas a secreto y las que están afectas a reserva. El primero se refiere a los depósitos y captaciones, entre los que se incluyen las cuentas corrientes, respecto de los cuales el banco no puede entregar información alguna sin la autorización expresa del titular. La segunda se refiere

a las demás operaciones y el banco puede entregar información a quien acredite un interés legítimo en conocerla y siempre que sea previ-

En esta Edición:

- **Secreto Bancario: Control vs. Intimididad de las Personas**
- **Subsidios Maternales: Una Propuesta**

sible que el acceso a la información no provoque un daño patrimonial al cliente. El SII ya sostiene tener derecho a obtener la información bajo reserva, argumentando tener un interés legítimo, que no es otro que la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones tributarias que le encomienda la ley, pero en ningún caso ha podido obtener aquella que se encuentra protegida por el secreto bancario.

Cabe agregar, que, conforme a dicha legislación, los tribunales pueden ordenar la remisión de ambas clases de información respecto de personas que tengan la calidad de partes o imputados en los procesos que lleven adelante. También el Ministerio Público, en la investigación de delitos, puede tener acceso a la misma, previa autorización del juez de garantía competente.

De lo anterior se concluye que el SII no puede disponer de los movimientos de la cuenta corriente de una persona que sea objeto de una simple fiscalización del cumplimiento de sus obligaciones tributarias, ni aun con autorización judicial, como fuere que el juez sólo puede ordenar la exhibición de tales movimientos únicamente en los procesos que se tramitan ante él, y dicha fiscalización es un proceso meramente administrativo. Hace excepción a esta regla, que el SII se encuentre investigando la comisión de un delito tributario, porque así lo consagra expresamente el art. 62 del Código Tributario, conforme al cual basta una simple decisión del Director Nacional para que el Servicio se imponga de los movimientos del contribuyente, norma que resulta paradójica, porque el Ministerio Público, órgano que constitucionalmente está encargado de la investigación de los delitos, requiere para lo mismo de una autorización judicial.

Por otra parte, esta iniciativa no es nueva: el SII desde hace tiempo considera indispensable tener acceso a las cuentas corrientes de los contribuyentes para cumplir cabalmente sus funciones. Por ello, en el año 2002 impulsó y logró que el Congreso aprobara un proyecto de ley que le permitía solicitar los movimientos

de las cuentas corrientes con autorización judicial, pero sin audiencia del afectado. Sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró que ese proyecto era inconstitucional, al no contemplar que el titular fuera oído, pues infringía el debido proceso, uno de cuyos pilares es la “bilateralidad de la audiencia”. No escuchar al afectado sólo sería admisible en la investigación de un delito y la fiscalización tributaria normal no tiene esa naturaleza y difiere totalmente de ella.

Con la decisión del Tribunal Constitucional, se fijó un estándar para consagrar la revisión de las cuentas corrientes para fines de fiscalización tributaria; la ley sólo podría autorizarlo si se hace con autorización de un juez y previa audiencia del afectado. En este sentido, cabría sostener la inconstitucionalidad de la norma vigente que permite al SII, cuando investiga un posible delito tributario, hacer la revisión sin autorización de juez.

El proyecto

La iniciativa gubernamental que se comenta, dispone que la Justicia Ordinaria podrá ordenar el examen de las operaciones sujetas a secreto y reserva bancaria de determinadas personas en procesos que se investiguen delitos tributarios. Igual facultad tendrán los Tribunales Tributarios y Aduaneros (hoy en proceso de instalación) cuando conozcan de un proceso sobre infracciones sancionadas con multa y pena privativa de libertad³. En esta parte el proyecto es correcto, porque el SII dejaría de tener la facultad de acceder directamente a las cuentas corrientes sin autorización de un juez.

Agrega que para la aplicación de las leyes tributarias chilenas, esto es, para una fiscalización habitual en que no se persigue un delito tributario, como para dar cumplimiento a los convenios de cooperación internacional en tales materias, el SII deberá someterse a un procedimiento especial para requerir dicha información, que tiene dos etapas. En la primera, el Servicio deberá dirigirse al banco solicitando la información, el que deberá comunicar

este hecho al cliente. Si éste no se opone, se podrán entregar los antecedentes solicitados. Por el contrario, si se opone, la información no se entrega y el SII sólo podrá obtenerla con autorización otorgada por el Tribunal Tributario y Aduanero competente. Este debe citar al afectado y con lo que exponga, resolver si autoriza al SII a tener la información bancaria del contribuyente. Lo resuelto por el tribunal, es apelable ante la Corte de Apelaciones respectiva.

El procedimiento antes reseñado pareciera dar cabal cumplimiento al estándar fijado por el Tribunal Constitucional, pero no es así. En efecto, primero hay una “dinámica” que altera el peso de la prueba: el contribuyente aparece negándose y es llevado ante el tribunal para que explique por qué; y segundo, íntimamente relacionado con lo anterior, el proyecto no establece una causal por la cual el SII deba pedir el acceso, por lo que lo justificará en sus facultades fiscalizadoras y en la necesidad de verificar, aunque no tenga ningún indicio de evasión, si hay rentas no declaradas. De hecho, el Servicio oficialmente sostiene que tal debe ser la interpretación del proyecto; se trataría así de una herramienta ordinaria de fiscalización, de la cual gozan todas las administraciones de los países desarrollados, a la que el contribuyente sólo debiera poder oponerse con poderosas razones.

Lo que no se ha explicado es cuáles serían tales razones, porque si se trata de una pretensión normal del SII justificada en la mera necesidad de fiscalizar y no es suficiente el resguardo de la intimidad del contribuyente, no existiría motivo plausible alguno para oponerse. Por el contrario, si los tribunales consideran bastante la invocación a la vida privada, no la concederían jamás.

En suma, se trata de un proyecto que aparenta cumplir con el requisito constitucional de que exista control jurisdiccional y bilateralidad de la audiencia, pero el cumplimiento de estas condiciones carece en la práctica de contenido. La verdadera forma de cumplirlo sería establecer que el SII es el que debe justificar ante el juez por qué no son suficientes las facultades ordinarias de fiscalización –que son muy amplias- y resulta necesario recurrir a una medida excepcional, como es incursionar en la cuenta corriente del contribuyente, expresión de la vida privada de una persona.

¿Menos recaudación si interviene un juez?

La recaudación fiscal no se puede obtener a cualquier costo; menos claro está que se dañe ese objetivo por dicha exigencia. Por el contrario, es posible que salga fortalecida en cuanto a su legitimidad.

Como ya se dijo, una de las razones que se ha esgrimido para justificar el acceso a la información bancaria, es el efecto positivo que tendría en la recaudación. El argumento es que determinados sectores, típicamente los profesionales liberales u otras personas que prestan servicios, eluden dar

la correspondiente “boleta” y así declaran menores ingresos. Dado que la realidad práctica es que la generalidad de las personas que son sus clientes “no se manejan en efectivo”, los pagos se realizan a través de cheques o tarjetas que se transforma a su vez en operaciones bancarias de quien presta el servicio. Si éste sabe que ellas pueden ser revisadas, se verá compelido a dar la boleta y tributar por esos ingresos. Según el SII, la experiencia internacional demuestra que así ocurre y ello permitiría extrapolar a nuestro país el mayor nivel de recaudación en los montos antes referidos.

Es altamente probable que lo anterior sea efectivo, pero lo que no se ha explicado es por qué tal disuasión no se daría cuando la apertura de la cuenta corriente se debe hacer previa autorización de un juez. En efecto, hoy no hay acceso en una fiscalización ordinaria y, de consagrarse bajo control jurisdiccional,

habría una situación radicalmente nueva y el mensaje disuasivo se difundiría igual. Ahora será posible revisar las operaciones bancarias, sujeto a aprobación judicial, y el que tenga ingresos no declarados podrá ser descubierto.

Por otra parte, frente a las críticas de que ha sido objeto el proyecto, el Gobierno ha propuesto como resguardo que la solicitud de la información bancaria sólo pueda provenir del Director Nacional del SII⁴. Desde luego, esto importa una restricción práctica significativa al uso de la atribución, pero además obliga a los funcionarios a cargo de la fiscalización a preparar un caso debidamente fundamentado para someterlo a sus superiores, hasta llegar al máximo nivel del Servicio. Si ese caso le hizo sentido al Director Nacional y a otras autoridades intermedias del SII que previamente tendrán que visarlo, debiera también hacerle sentido a un juez. Entonces, ¿Cuál sería el problema de recabar la aprobación de este último? Pareciera que existe la determinación de reservarse cierto grado de discrecionalidad, que el control judicial es precisamente llamado a moderar.

La exigencia de la OCDE

Es innegable que la tendencia de los países que integran la OCDE, primordialmente los que pertenecen la mundo desarrollado, es entregar facultades para que las administraciones tributarias puedan pesquisar las operaciones bancarias de individuos y empresas. También, que para Chile sería significativo incorporarse a esa organización. Sin embargo, la pregunta es a qué costo estamos dispuestos a hacerlo; si es a costa de la vida privada de los ciudadanos, parece muy discutible. Extender el poder de control de los ciudadanos por parte del Estado, significa un riesgo mayor para la libertad, base de la convivencia y la democracia. Lo que hacen otros no es motivo para que lo hagamos aquí si no existen las razones que lo justifiquen. Más aún, países de larga tradición libertaria, como USA, que abandonó su lógica libertaria fundacional en

esta materia a propósito de los atentados de “S-11”, no sería de extrañar que con el tiempo echen pie atrás.

En el tema del acceso a las cuentas corrientes en particular y las operaciones bancarias en general, existe una expresión muy profunda de la vida privada. A través de ellas en el mundo moderno, se materializan los más elementales actos de la vida privada, que pueden abarcar decisiones de consumo, actos de altruismo o solidaridad, preferencias políticas, etc., que no siempre queremos que los demás se enteren. Más todavía, el conocerlos puede dar paso a prácticas extorsivas o de presiones de la más variada índole. Muchos de tales movimientos pueden motivar un cuestionamiento tributario porque suelen tener variados significados y alcances, y las objeciones del SII obligarán a dar toda clase de explicaciones, que por lo demás pueden ser mal interpretadas o sistemáticamente cuestionadas, infligiendo daño a las personas y provocar un permanente temor que inhiba nuestras actuaciones como seres humanos libres. Culturalmente, el resguardo de las operaciones bancarias siempre ha sido considerado en Chile como una expresión de la vida privada que debe ser cautelada, puesto que el “llamado secreto bancario” está consagrado desde antiguo en la legislación, debiendo recordarse que en el pasado no siempre nuestra sociedad ha practicado el respeto de los derechos ciudadanos.

Por lo mismo, no es tarea del Gobierno aceptar sin más las exigencias de dicha organización internacional, sino que hacer ver la legítima posición de los ciudadanos. En este sentido, cabe tener presente que no se está planteando que las operaciones bancarias no sean objeto de revisión o que no se pueda cooperar en la fiscalización tributaria con otros países, sino que ello se haga bajo un nivel de protección, el control jurisdiccional, que un estándar de garantía que ninguna nación civilizada debiera cuestionar y que emana de nuestra institucionalidad fundamental.

Más aún, la OCDE tampoco acepta requerimientos ilimitados entre países y obliga a restringir las peticiones sobre casos en que se investigan situaciones concretas, excluyéndose expresamente las “expediciones de pesca”, en que se pide información al azar para ver qué resulta. Es impensable que la OCDE se esté oponiendo a que el mismo estándar de justificación se aplique en las fiscalizaciones internas del país; de lo contrario, los extranjeros quedarían en una situación privilegiada respecto de lo que se aplicaría a los que viven en el territorio nacional.

Finalmente, es menester recordar que Chile no tiene el carácter de paraíso financiero al cual fluyan capitales de dudoso origen y que se preste para esconder recursos o bienes mal habidos, o eludir los controles de otros países. Todos los capitales que ingresan quedan sujetos a rigurosas normas de registro y liquidación de divisas, como asimismo, en cuanto a su repatriación y a la remesa de utilidades. Los ejemplos que citan concesiones que han debido hacer ciertos países en esta materia, son precisamente de casos que tienen ese carácter, por lo que la nuestro país debiera ser tratado de manera diversa.

Conclusiones

El Gobierno pretende que se apruebe un cambio a una antigua legislación, que expresa lo mejor en cuanto a cautelar un principio fundamental de toda sociedad verdaderamente libre: el respeto a la vida privada. La exigencia

de que el levantamiento de la protección a nivel bancario se haga previa justificación de su necesidad ante un tribunal, no es una forma de imposibilitar o entorpecer la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones tributarias, sino la exigencia un estándar básico de protección de los derechos ciudadanos.

La recaudación fiscal no se puede obtener a cualquier costo; menos claro está que se dañe ese objetivo por dicha exigencia. Por el contrario, es posible que salga fortalecida en cuanto a su legitimidad.

El ingreso a una organización internacional, por prestigiada que sea, tampoco puede servir de base a eximir de la protección que el Estado debe a las personas.

El ingreso a una organización internacional, por prestigiada que sea, tampoco puede servir de base a eximir de la protección que el Estado debe a las personas.

¹ El Mercurio, 25 de junio de 2.005, página B 2.

² Art. 154 de la Ley General de Bancos, contenido en el DFL N° 3 de Hacienda, de 1997.

³ La referencia a infracciones sancionadas con penas privativa de libertad -que sólo procede en los delitos- es cuestionable y debe entenderse que se refiere a los casos en que estando la infracción sancionada además con pena privativa de libertad, el Director Nacional del SII decide no perseguir la responsabilidad penal y solamente la administrativa, pues la persecución penal compete exclusivamente al Ministerio Público y la resolución del casos a los tribunales de garantía y Orales en lo penal, nunca a los Tribunales Tributarios y Aduaneros.

⁴ El proyecto original no establece esta restricción, pero ha sido comprometida por el Gobierno y se espera que se materialice en una indicación durante su tramitación.