

LEVANTAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO: NO ES EL POR QUÉ, SINO EL CÓMO

- La discusión pública sobre el levantamiento del secreto y la reserva bancaria se está llevando de una manera equivocada: mientras el Gobierno insiste en que oponerse a sus propuestas de modificación es privilegiar la opacidad, la discusión en realidad debiera ser sobre las razones y la evidencia que amerita dichos cambios.
- El secreto y la reserva bancaria es una garantía que entrega la ley para resguardar esferas de intimidad, privacidad y de datos personales. En ese sentido, toda la regulación vigente descansa sobre la lógica de que acceder a dicha información debe ser ponderada por un tercero imparcial, a fin de que juzgue si es necesario y proporcional en relación al fin buscado.
- Finalmente, la evidencia disponible a partir de acciones judiciales del SII y de recomendaciones internacionales no dan cuenta de motivos justificados para variar las reglas vigentes. Ello pone la carga de la prueba en quienes promueven los cambios.

El secreto bancario es una institución más que centenaria¹, cuyos orígenes se remontan antes a prácticas de la actividad bancaria que a las leyes. Algunos, incluso, han planteado que el secreto bancario, en perspectiva histórica, ha sido una forma de secreto profesional de la cual gozan los bancos, atendida la naturaleza de la información que custodian respecto de sus clientes². Por otro lado, el secreto bancario es, también una forma de protección de la intimidad de la persona³: la información resguardada puede tomar la forma de datos personales, ya que pueden servir para identificar inequívocamente a una persona o identificar patrones de conducta (consumos, desplazamientos, preferencias, etc.)⁴.

¹ Guex, S. (2000). The Origins of the Swiss Banking Secrecy Law and Its Repercussions for Swiss Federal Policy. *The Business History Review*, 74(2), 237–266. <https://doi.org/10.2307/3116693>.

² Bartels Villanueva, Jorge, & Arias Alpízar, Luz Mary. (2010). El secreto bancario. Aspectos históricos y problemática actual. *Diálogos Revista Electrónica de Historia*, 11(2), 67-88. http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-469X2010000200004&lng=en&tlng=es.

³La fuente proviene del numeral 4º del artículo 19 de la Constitución, el cual prescribe: “4º.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y, asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley.”

⁴ En este sentido, por ejemplo, véase <https://www.df.cl/opinion/columnistas/secreto-bancario-2-0>.

¿ES UN SECRETO ABSOLUTO?

Lo primero que conviene recordar es que, como todo derecho, el secreto bancario no es absoluto y puede, por tanto, levantarse en casos calificados. En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 154 de la Ley General de Bancos (LGB) distingue dos niveles de protección de información de clientes bancarios: aquella que está sujeta a secreto y la que se encuentra bajo reserva.

La norma prescribe que **se encuentran bajo secreto bancario “las operaciones de depósitos y captaciones de cualquier naturaleza⁵ que reciban los bancos”**. En virtud de esta disposición, “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”. La infracción del secreto se sanciona con pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio (61 días a 3 años). **Las demás operaciones -continúa el artículo 154 de la LGB- quedan sujetas a reserva**, pudiendo los bancos solamente “darlas a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar un daño patrimonial al cliente”.

En términos generales, se puede acceder a información bajo reserva bancaria cuando así lo requiera la justicia ordinaria, por ejemplo, en causas civiles; la militar y, en materia penal, por los fiscales del Ministerio Público, previa autorización del juez de garantía, cuando ella se relacionen directamente con las investigaciones a su cargo. Además, tratándose de los delitos como el lavado de activos y de asociación para el lavado (arts. 27 y 28 de la Ley Nº19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos), los fiscales, previa autorización de un juez de garantía, “podrán requerir la entrega de todos los antecedentes o copias de documentos sobre depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquier naturaleza, de personas, comunidades, entidades o asociaciones de hecho que sean objeto de la investigación y que se relacionen con aquella”.

⁵ Tal como señala la Recopilación Actualizada de Normas (RAN) de la Comisión para el Mercado Financiero “El concepto de captación tiene en la legislación vigente una acepción amplia, de manera que cubre todas las operaciones, a la vista o a plazo, que involucran recibir dinero del público, sea como depósito, mutuo, participación, cesión o transferencia de efectos de comercio o en cualquiera otra forma. Así, por ejemplo, constituyen captaciones la recepción de depósitos en cuentas corrientes bancarias o en cuentas de ahorro, los depósitos a la vista o a plazo en general, la emisión y colocación en el mercado de bonos o letras de crédito y las ventas con pacto de retrocompra de títulos de crédito.” (RAN, Capítulo 2-1, hoja 1.). Texto disponible en: https://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/articles-28907_doc_pdf.pdf.

EL SECRETO BANCARIO ANTE EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

Como hemos visto, el artículo 154 de la LGB entrega un criterio general para acceder a la información protegida por secreto o reserva bancaria: **en estos casos siempre se requiere de la autorización de un tribunal para acceder a información que se encuentre bajo secreto o reserva. La razón es sencilla: como cualquier medida intrusiva, que afecta naturalmente derechos fundamentales, se requiere de un examen de necesidad y proporcionalidad realizado por un tercero imparcial.** Este es un procedimiento que tiene los mismos estándares utilizados para la interceptación de comunicaciones o para el ingreso a inmuebles.

Ahora bien, mientras en las investigaciones penales, como se describió, sólo se requiere el control de un juez de garantía (y no hay bilateralidad, es decir, no se le permite al investigado oponerse) porque el acceso a la información que se encuentra bajo secreto o reserva bancaria tiene naturaleza de medida de intrusiva, en materia tributaria la situación es distinta, pues el objeto no es la sanción de una conducta calificada como delito, sino la determinación de una obligación tributaria. Ello, dado que se está en presencia de una legítima duda de la Administración Tributaria respecto del cumplimiento del contribuyente de sus obligaciones, esto mientras no haya delitos tributarios involucrados. Aunque pueda parecer semejante, se trata de dos situaciones completamente distintas, sobre todo desde la perspectiva del análisis de necesidad y proporcionalidad al momento de afectarse derechos fundamentales, toda vez que los bienes jurídicos protegidos son de naturaleza y entidad distinta.

En materia tributaria, siguiendo la distinción que efectuamos recién, hay que diferenciar. Así lo hace el artículo 62 del Código Tributario. Cuando se trata de delitos relacionados con el cumplimiento de obligaciones tributarias, como el caso de la confección, venta o facilitación de guías de despacho, facturas, boletas u otros instrumentos tributarios o la omisión maliciosa de declaraciones exigidas por las leyes tributarias para la determinación o liquidación de un impuesto (numerales 4 y 5 del artículo 97 del Código Tributario), la justicia ordinaria puede autorizar el examen de información relativa a las operaciones bancarias de contribuyentes determinados, comprendiéndose aquí todas aquellas sometidas a secreto o sujetas a reserva. Esto es una reiteración de lo dicho en el artículo 154 de la LGB. El artículo 62 del Código Tributario, dispone que la misma facultad de acceso tendrán los tribunales tributarios y aduaneros (TTA) cuando se trate de causas sobre aplicación de sanciones por infracciones tributarias, cuya pena no sea privativa de libertad, es decir, que no consistan en delitos. Para este caso, hay un proceso bilateral, donde el Servicio de Impuestos Internos (SII) busca la aplicación de una sanción después de haber ejercido sus facultades fiscalizadoras.

En segundo lugar, tratándose del ejercicio de la potestad fiscalizadora del SII, este puede requerir acceso a “información relativa a las operaciones bancarias de personas determinadas, comprendiéndose todas aquellas sometidas a secreto o sujetas a reserva que resulten indispensables para verificar la veracidad e integridad de las declaraciones de impuestos, o falta de ellas, en su caso”⁶. El procedimiento vigente se inicia con un requerimiento de la Dirección Nacional del SII al banco; luego, el banco dispondrá de cinco días para comunicar el requerimiento del SII al cliente, el cual puede: autorizar el requerimiento o haberlo autorizado anticipadamente; no responder, lo cual se entiende como negativa, o negarse. Una vez que se tiene la respuesta o vence el plazo para contestar, el banco debe comunicar al SII el resultado de la consulta. Si el resultado es negativo para el SII, puede recurrir ante los TTA.

Respecto de la solicitud del SII a los TTA, cabe señalar que, conforme a la regla del inciso segundo del artículo 62 bis del Código Tributario, el Servicio debe probar que es “indispensable contar con dicha información para determinar las obligaciones tributarias del contribuyente”. Esta regla tiene dos elementos importantes. La primera, es que se ajusta a la regla fundamental de la prueba, contenida en el artículo 1698 del Código Civil, el cual prescribe que “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”, puesto que el SII es quien requiere la información y está en condición de probar que ella es necesaria para determinar las obligaciones tributarias. A la vez, pone de relieve que el acceso a la información protegida por secreto o reserva bancaria es de *ultima ratio*, es decir, **que debe ser indispensable** para determinar las obligaciones tributarias, que sin ella se vuelve imposible determinar la obligación. De esta manera, se armoniza la disposición con las demás enunciadas en términos de la necesidad y proporcionalidad.

EL SECRETO BANCARIO Y LA INTELIGENCIA ECONÓMICA

A diferencia de la persecución penal y de la fiscalización tributaria, la inteligencia económica, en tanto subsistema del sistema de inteligencia, debe orientarse a determinar riesgos sistémicos a la seguridad y detectar amenazas en el contexto de la actividad de inteligencia general. Así, tal como se desprende del artículo 4º de la Ley de Inteligencia, el objetivo de ella es “proteger la soberanía nacional y preservar el orden constitucional”, en relación a los riesgos sistémicos; y formular “apreciaciones de inteligencia útiles para la consecución de los objetivos nacionales”, en lo referente al control de amenazas.

En este contexto, se ha planteado en el proyecto de ley que “crea el Subsistema de Inteligencia Económica y establece otras medidas para la prevención y alerta de

⁶ Artículo 62, inciso segundo, del Código Tributario.

actividades que digan relación con el crimen organizado” (boletín 15.975-25) que, en ciertos casos, en el marco de, por ejemplo, el combate al crimen organizado se pueda acceder a información que se encuentra bajo secreto o reserva bancaria con autorizaciones administrativas, sustituyendo la autorización judicial.

Bajo la ley de inteligencia vigente, el artículo 23 señala que la información se obtiene, en principio, de fuentes abiertas⁷. Sin embargo, aquella información que no puede obtenerse por dicho procedimiento, debe serlo por aquellos especiales de obtención de información, “los que permiten el acceso a antecedentes relevantes contenidos en fuentes cerradas o que provengan de ellas”. En este sentido, el artículo 24 de la referida ley establece que estos mecanismos son, típicamente, medidas intrusivas como intervenciones de comunicaciones, de sistemas y redes informáticos, escuchas y grabaciones entre otros. Para todas ellas, según dispone el artículo 25, se requiere de autorización judicial para el empleo de procedimientos especiales de información.

En este contexto, se ha planteado por diversos actores que para mejorar la persecución del crimen organizado y su financiamiento se requiere **solamente** modificar el levantamiento del secreto y la reserva bancaria, tal que no cuenten con autorizaciones judiciales. Esto, por cierto, resulta contradictorio, porque la naturaleza del secreto y la reserva bancaria es de fuente cerrada, no abierta.

Esto releva que el acceso a la información bancaria -que no está en discusión- debería cumplir el mismo estándar de los demás procedimientos especiales de obtención de información. Por lo demás, para combatir el crimen organizado, acceder libremente a información financiera probablemente no es suficiente y debe ser complementada con otro tipo de información que igualmente requerirá de autorización judicial, situación que la discusión pública parece obviar. En ese sentido, nadie ha planteado que el acceso a viviendas o teléfonos deba realizarse sin previa autorización de modo de cuidar la privacidad de los ciudadanos y cautelar la necesidad y proporcionalidad de los procedimientos.

EL PROBLEMA NO ES LEVANTAR EL SECRETO, SINO CÓMO HACERLO

En diversos proyectos de ley, tales como el de reforma tributaria (boletín Nº15.170-05) rechazado en 2023, el de cumplimiento de obligaciones tributarias (boletín Nº16.621-05) y el ya mencionado que crea el subsistema de inteligencia económica, el

⁷ La inteligencia que proviene de fuentes abiertas (OSINT, por las siglas de *open source intelligence*) corresponde a la inteligencia producida, recolectada, evaluada y analizada de información pública con el propósito de responder a una cuestión de inteligencia específica. Véase <https://www.sans.org/blog/what-is-open-source-intelligence/>.

Gobierno ha planteado modificar la forma de levantar el secreto y la reserva bancaria acusando a quienes se oponen a ello de defender la opacidad, cuestión que evidentemente no es efectiva.

El fondo de la crítica a las propuestas del Gobierno radica en que, en mayor o menor medida, estas han buscado sustituir las autorizaciones judiciales por autorizaciones administrativas, que devienen en arbitrarias, porque las realiza la parte interesada. Ello claramente no garantiza el necesario examen de necesidad y proporcionalidad. En algunos casos, como en el de obligaciones tributarias, las propuestas buscan convertirse en verdaderos *nudge*⁸ que deconstruyen las arquitecturas de decisión para hacer que la revisión judicial sea, en los hechos, una decisión tan costosa que no aparece como una opción racional al momento de evaluarla.

Por ello, es fundamental reforzar la idea de que el secreto y la reserva bancaria deben manejarse bajo el estándar de derechos fundamentales, buscando siempre que la aplicación de medidas que puedan afectarlos sean controladas por un órgano imparcial, para que ello permita un adecuado control de la necesidad y proporcionalidad de la medida. Por el contrario, con medidas como las propuestas por el Gobierno se hace una excepción difícil de explicar: una medida que resulta intrusiva y cuya información no es de acceso abierto, tendría un régimen distinto a las demás que, como hemos visto, tienen la misma naturaleza.

Entonces, ¿cuál es el problema con la autorización judicial? Por de pronto, las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera de América Latina han dado por cumplidas las recomendaciones en relación a las leyes vigentes sobre el secreto de las instituciones financieras. En tanto, un estudio del Observatorio Judicial ha dado cuenta de que, en materia tributaria, se ha empleado poco y siempre con éxito para el SII, no estando claro cuál es el fundamento claro para motivar el cambio⁹. Lamentablemente, la conclusión antedicha, se extiende a las demás propuestas, siendo el gran ausente en el debate las razones de fondo, basadas en evidencia, para impulsar las propuestas. Mientras tanto, es relevante sincerar el debate: no se trata de levantar el secreto bancario o no, sino de cómo y en qué condiciones.

⁸ Véase Temas Públicos Nº1.633-2 de 28 de marzo de 2024, “Cumplimiento de obligaciones tributarias: el contribuyente se presume culpable”. Disponible en <https://shorturl.at/E8Me8>.

⁹ Véase “Secreto bancario en los tribunales tributarios y aduaneros”. <https://observatoriojudicial.org/2024/05/secreto-bancario-en-los-tribunales-tributarios-y-aduaneros/>.