

Secreto y reserva bancaria

Régimen nacional y ejemplos de legislaciones extranjeras

Autor

Christine Weidenslaufer
cweidenslaufer@bcn.cl

Guido Williams
gwilliams@bcn.cl

James Wilkins Binder
jwilkins@bcn.cl

SUP: 128839

Resumen

La legislación nacional consagra el secreto bancario y la reserva bancaria. El primero está establecido para ciertas y determinadas operaciones expresamente señaladas en la ley, respecto de las cuales la legislación vigente las somete a un régimen estricto de protección. El secreto bancario no es absoluto y reconoce limitaciones, en virtud de las cuales la información protegida puede disponerse bajo ciertos supuestos legales: cuando una disposición legal expresamente lo autorice; o cuando por resolución de la justicia se ordene la remisión o examen de antecedentes para ciertas operaciones y bajo determinados supuestos. Existiendo autorización legal, el procedimiento para levantar el secreto varía según la autoridad de control de que se trate (Ministerio Público; Comisión para el Mercado Financiero; Servicio de Impuestos Internos y Unidad de Análisis Financiero). En todos, sin embargo, se requiere resolución previa de algún órgano jurisdiccional. Un elemento diferenciador entre estos casos, es la notificación o audiencia previa, que permita al titular de dichos antecedentes conocer la solicitud y los hechos que la justifiquen.

La legislación extranjera revisada (EE.UU., Colombia, México y Francia) da cuenta de diversos mecanismos de acceso a la información financiera amparada por secreto. Los principales elementos de diferenciación radican en los procedimientos administrativos para el acceso por parte de órganos de control. Así, por ejemplo, allí donde en EE.UU. se exige, por regla general, notificar administrativamente al afectado, otorgándole el derecho a oponerse, en Colombia, el acceso a la información protegida es directo por parte de los órganos de control.

En México, el acceso administrativo a la información debe canalizarse por medio de una única instancia institucional, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Corresponde a ésta procesar las solicitudes de los diversos organismos de control habilitados para requerir información.

Introducción

Se analiza la legislación nacional sobre secreto bancario y reserva bancaria desarrollada en la Ley General de Bancos y en la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques. Al efecto, se describe la protección que estas instituciones otorgan a los titulares de información y su fundamento constitucional, el ámbito de aplicación de cada una y las limitaciones reconocidas por la legislación nacional, describiendo, separadamente, las reglas especiales dispuestas para el acceso por parte de diversos órganos de control.

Luego, se describen las principales reglas sobre el acceso a la información protegida en EE.UU., Colombia, México y Francia.

I. Régimen nacional sobre el secreto y la reserva bancaria

a) Régimen general

La legislación bancaria nacional distingue entre secreto y reserva bancaria. El secreto bancario está establecido para ciertas y determinadas operaciones expresamente señaladas en la ley, respecto de las cuales la legislación vigente las somete a un régimen estricto de protección. La reserva bancaria, en tanto, es aplicable al resto de las operaciones bancarias no sujetas a secreto, y sobre las cuales pesa un sistema menos intenso de protección.

A nivel nacional, el secreto bancario posee sustento normativo tanto de rango constitucional como legal. El primero como expresión del derecho a la protección de la vida privada, consagrada en el artículo 19 N° 4 y N° 5 de la Constitución Política de la República. El segundo como producto de la introducción de una protección especial a nuestra legislación por la Ley N° 18.576 de 1986, que modificó a la Ley General de Bancos (LGB en adelante). El artículo 154 de este texto legal estableció el secreto bancario a favor de las operaciones de depósitos y captaciones de cualquier naturaleza que reciban los bancos, prohibiendo a estas instituciones proporcionar antecedentes relativos a dichas operaciones si no es a su titular, su representante legal o a quien haya autorizado expresamente, y sancionando su violación con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

No obstante tal marco de protección, el secreto bancario reconoce ciertas limitaciones, que se manifiestan en la posibilidad de vulnerar la protección para fines específicos. Clara Szczaranski, comentando la Ley N° 20.406, que permite el levantamiento del secreto bancario para efectos tributarios, sostiene que las limitaciones establecidas al secreto bancario se justifican en razón de que “comprometen bienes jurídicos colectivos” que se encuentran orientados al bien común. (Szczaranski, 2010: 250).

Las limitaciones, reconocidas por nuestra legislación al secreto bancario recaído sobre operaciones de depósitos y captaciones, permiten el acceso a la información gravada, cuando una disposición legal

expresamente lo autorice, o cuando una resolución de la justicia ordinaria o militar ordene la remisión o examen de antecedentes, en los siguientes casos¹:

- Que se trate de operaciones específicas sobre dichos instrumentos bancarios;
- Que sean efectuadas por quienes tengan carácter de parte o imputado en esas causas;
- Que dichas operaciones tengan relación directa con el proceso; y
- Que la remisión de los respectivos antecedentes sea ordenado por la justicia ordinaria o militar.

Las cuentas corrientes bancarias, por su parte, cuentan con un régimen especial, contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 707 de 1982 (DFL N° 707), que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques. A su respecto, este cuerpo normativo dispone el deber de los bancos de mantener en estricta reserva, respecto de terceros, el movimiento de la cuenta corriente y sus saldos, pudiendo proporcionar estas informaciones sólo al librador o a quien éste haya facultado expresamente. Ello no obsta al igual como ocurre con depósitos y otras captaciones- a la posibilidad de levantar dicha información, lo que, conforme al citado DFL N° 707, exige una orden de los Tribunales de Justicia que mandata la exhibición de determinadas partidas de la cuenta corriente en causas civiles y criminales seguidas contra el librador. Igual medida puede determinar el Ministerio Público en las investigaciones a su cargo, previa autorización del juez de garantía².

En cuanto a la reserva bancaria, en tanto, esta se encuentra normada en el inciso segundo del artículo 154 de la LGB, y es aplicable respecto de aquellas operaciones no gravadas con secreto bancario. Ello se traduce en que los bancos se encuentran facultados para proporcionar información sobre estas operaciones, siempre y cuando cumplan con dos requisitos:

- Sea entregada a quienes demuestren un interés legítimo; y
- Que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar daño patrimonial al cliente.

b) Régimen especial. Limitaciones al secreto y la reserva en favor de órganos de control

¹ Igual facultad poseen los fiscales del Ministerio Público respecto de antecedentes que se relacionen directamente con las investigaciones a su cargo. Facultad que pueden ejercer previa autorización del juez de garantía.

La Ley N° 20.818, que perfecciona los mecanismos de prevención, detección, control, investigación y juzgamiento del delito de lavado de activos, faculta al Ministerio público, previa resolución fundada del juez de garantía y en el contexto de investigaciones seguidas por los delitos de los artículos 27 y 28 de la Ley N° 19.913 a 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 aquélla". Se trata de una facultad más amplia, que no se limita a operaciones específicas ni respecto de personas que tengan la calidad de imputadas o de parte.

² Del mismo modo que en el caso de depósitos y captaciones, en el contexto de investigaciones seguidas por delitos de los artículos 27 y 28 de la Ley N° 19.913, la facultad del Ministerio Público se extiende, previa resolución fundada del juez de garantía, a "todo antecedente relacionado con cuentas corrientes bancarias, incluidos, entre otros, sus movimientos completos, saldos, estados de situación y demás antecedentes presentados para su apertura" /Art. 1° del DFL N° 707, modificado por la Ley N° 20.818).

La legislación vigente reconoce limitaciones a la reserva y secreto bancario en leyes especiales, las que disponen expresamente la facultad de determinados organismos fiscalizadores de solicitar antecedentes acogidos a régimen de reserva o secreto. Los cuerpos normativos dispuestos al afecto establecen un procedimiento especial cuando el requerimiento de información recae sobre información secreta o reservada. Tal es el caso en materia financiera, tributaria y lavado de activos, donde la Comisión para el Mercado Financiero, el Servicio de Impuestos Internos y la Unidad de Análisis Financiero, disponen de atribuciones para ello.

El procedimiento autorizante para el acceso a dicha información reconoce, principalmente, un elemento diferenciador entre estos casos: la notificación o audiencia previa, que permita al titular de dichos antecedentes conocer la solicitud y los hechos que la justifiquen y que se exige respecto de requerimientos del Servicio de Impuestos Internos. Considerando que la iniciativa de ley que se comenta declara que la facultad que se propone otorgar al Fiscal Nacional Económico es “similar” a la que tiene la Comisión para el Mercado Financiero, a continuación se revisan los diferentes procedimientos autorizantes dispuestos para cada uno de los órganos de control:

i. Comisión para el Mercado Financiero

La Ley N° 21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero, reconoce como una de las atribuciones generales de la Comisión, autorizar, con el voto favorable de al menos tres de sus comisionados (cinco en total) y mediante resolución fundada, al Fiscal (a cargo de la unidad de investigación institucional) para requerir información relativa a operaciones bancarias de personas determinadas, comprendiéndose todas aquellas sometidas a secreto o sujetas a reserva. Esta limitación al secreto y reserva opera en los siguientes casos:

- Cuando ello sea indispensable para verificar la existencia de conductas que se encuentren tipificadas como delitos en la legislación de valores y seguros por parte de entidades o personas, en el marco de investigaciones o procesos sancionatorios; y
- Para dar cumplimiento a los requerimientos provenientes de entidades fiscalizadoras extranjeras, cuando ello haya sido acordado bajo un convenio internacional de intercambio de información suscrito por la Comisión.

En cuanto al procedimiento, dicha autorización debe ser autorizada previamente por un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, para lo cual, el Presidente de la Corte debe designar, una vez al año y por sorteo, a dos de sus miembros para cumplir esta labor. Si ninguno de los ministros estuviere en funciones, corresponde otorgar la autorización al Presidente de la Corte o a quien lo subrogue.

El requerimiento de información debe ser presentado conjuntamente con los antecedentes que lo sustenten y que justifiquen la necesidad de contar con dicha información para efectos de verificar la existencia de las infracciones materia de la investigación o procedimiento sancionatorio en curso, así como para la aplicación de las sanciones respectivas. El ministro debe resolver la solicitud sin audiencia ni intervención de terceros y su resolución debe fundarse en hechos específicos que justifiquen que de accederse a la solicitud se podrá verificar la existencia o inexistencia de las infracciones materia de la investigación o procedimiento sancionatorio en curso, y para el caso de los requerimientos de autoridades extranjeras, que los hechos se ajusten a los términos del convenio internacional de intercambio de información suscrito o ratificado por la Comisión.

Acogida la solicitud por sentencia judicial firme, la Comisión debe notificar al banco respectivo, acompañando copia autorizada de la resolución de la Corte. La entidad bancaria dispone de un plazo de cinco días para la entrega de la información solicitada. Su omisión o retardo será sancionado por la Comisión. Si la petición fuere rechazada, el Fiscal puede apelar. En este caso, la apelación será conocida en cuenta y sin más trámite por la sala de cuentas de la mencionada Corte, tan pronto se reciban los antecedentes.

Finalmente, se dispone que el expediente sea tramitado en forma secreta y que deba ser devuelto íntegramente a la Comisión, fallado que sea el recurso en última instancia.

ii. Servicio de Impuestos Internos

La Ley N° 20.406 establece normas que permiten el acceso a la información bancaria por parte de la autoridad tributaria. Este cuerpo legal tuvo por objeto ajustar la legislación nacional al estándar regulatorio fijado en la Convención Modelo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, que determina que el Servicio de Impuestos Internos debe tener acceso a toda la información bancaria local que le solicite, caso a caso, la autoridad tributaria de un país contraparte.

Por lo anterior, la satisfacción de esta recomendación por parte de la legislación nacional se logró facultando al SII para solicitar información a los bancos tanto para evitar la evasión tributaria como para cumplir con los requerimientos de información que formulen administraciones tributarias extranjeras.

Al efecto, la citada Ley N° 20.406 dispuso de los siguientes nuevos casos de limitación al secreto y reserva bancaria:

- Facultad de la Justicia Ordinaria y de los Tribunales Tributarios y Aduaneros de autorizar el examen de información relativa a las operaciones bancarias de personas determinadas, incluidas todas aquellas sometidas a secreto bancario o sujetas a reserva, en el caso de procesos por delitos que digan relación con el cumplimiento de obligaciones tributarias o de sanciones por infracciones a las disposiciones tributarias que no consistan en penas privativas de libertad;
- Facultad del SII de requerir directamente la información relativa a las operaciones bancarias de personas determinadas, incluidas 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;
- Facultad del SII de requerir directamente la información relativa a las operaciones bancarias de personas determinadas, incluidas todas aquellas sometidas a secreto o sujetas a reserva, para dar cumplimiento a requerimientos provenientes de administraciones tributarias extranjeras, cuando ello haya sido acordado bajo un convenio internacional de intercambio de información suscrito por Chile y ratificado por el Congreso Nacional; y
- Facultad del SII de requerir directamente la información relativa a las operaciones bancarias de personas determinadas, incluidas todas aquellas sometidas a secreto o sujetas a reserva, para dar cumplimiento a requerimientos originados en el intercambio de información con las autoridades competentes de los Estados Contratantes en conformidad a lo pactado en los Convenios vigentes para evitar la doble imposición suscritos por Chile y ratificados por el Congreso Nacional.

La facultad del SII de requerir directamente de las instituciones bancarias información amparada por secreto o reserva bancaria, está sometida a un procedimiento que exige el consentimiento del titular de la información. En caso contrario, conforme al artículo 62 bis del Código Tributario, la solicitud puede presentarse ante los Tribunales Tributarios o Aduaneros, los que la resolverán previa audiencia y conforme al mérito de los antecedentes aportados.

iii. Unidad de Análisis Financiero

EL 18 de febrero de 2015 se publicó la Ley N° 20.818 que introdujo modificaciones a la Ley N° 19.913, que creó la Unidad de Análisis Financiero. Junto con ampliar las facultades del Ministerio Público para levantar el secreto y la reserva, en los términos ya descritos anteriormente, este cuerpo normativo reconoció a la citada entidad la facultad de solicitar a bancos y otras entidades (instituciones financieras; empresas de factoraje; administradoras generales de fondos; casas de cambio, entre otras), antecedentes que con ocasión de la revisión de una operación sospechosa previamente reportada a la Unidad o detectada por ésta en ejercicio de sus atribuciones, resulten necesarios y conducentes para desarrollar o completar el análisis de dicha operación, encontrándose estas entidades obligadas a proporcionar dicha información³.

Tratándose de acceso a la información sujeta a secreto o reserva, la ley dispone de un procedimiento especial, que supone:

- Autorización previa de un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago. Para ello, su Presidente deberá designar, una vez al año y por sorteo, a dos de sus miembros para cumplir esta labor. Si ninguno de los ministros estuviere en funciones, corresponderá otorgar la autorización al Presidente de la Corte o a quien lo subrogue; y
- Al igual que el procedimiento para requerir información sujeta a secreto o reserva por parte de la Comisión para el Mercado Financiero, la resolución de la solicitud por parte del Ministro se efectúa sin audiencia ni intervención de terceros, la que debe fundarse en hechos específicos que las justifiquen, de los que se debe dejar expresa constancia.

II. Legislación extranjera sobre secreto y reserva bancaria

1. Estados Unidos de América

De acuerdo al Centro de Privacidad de la Información Electrónica⁴ (EPIC, por sus sigla en inglés), la Ley de Derecho a la Privacidad Financiera de 1978 (*Right to Financial Privacy Act, RFPA*) protege la confidencialidad de los registros financieros personales, al crear una protección legal para los registros

³ Respecto de delitos relacionados a la asociación ilícita para lavar dinero, la Ley General de Bancos, modificada por la Ley N° 21.131, levanta la reserva bancaria en los casos en que la Comisión par el Mercado Financiero deba remitir antecedentes a la Unidad de Análisis Financiero, pudiendo en dichos casos enviarle la información bancaria sujeta a reserva que le fuere necesaria a dicha Unidad para evaluar el inicio de uno o más procedimientos administrativos en los términos señalados en el Título II de la Ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero.

⁴ Se trata de un centro de investigación en el ámbito de las libertades civiles y la privacidad, sin fines de lucro (EPIC, 2018-b).

bancarios, basada en la Cuarta Enmienda de la Constitución. Esta ley habría sido una reacción a la sentencia de la Corte Suprema de los EE.UU., *United States v. Miller*, de 1976, que resolvió que los clientes bancarios no tenían un derecho legal a la privacidad de su información financiera en poder de instituciones financieras (EPIC, 2018-a).

Según EPIC, la citada ley habría sido reformada y debilitada a fines de la década de 1980, para permitir el aplazamiento de la notificación a los clientes bancarios en investigaciones relacionadas con narcotráfico y espionaje, y nuevamente por la Ley Patriótica de los EE.UU. (*USA Patriot Act*), para permitir la divulgación de información financiera en casos de sospecha de terrorismo (EPIC, 2018-a).

En general, la RFPA exige a las agencias del gobierno federal notificar a las personas y les den la oportunidad de oponerse ante su banco u otra institución financiera⁵, cuando estos últimos pudieran divulgar su información financiera personal a una agencia del gobierno federal, a menudo con fines policiales. Esta norma solo rige para la entrega de información al gobierno federal, sus funcionarios, agentes, agencias y departamentos, y no para las empresas privadas ni para los gobiernos estatales o locales (EPIC, 2018-a).

Asimismo, la RFPA solo cubre a los clientes que son individuos o sociedades con nomás de cinco socios, y no lo están las empresas, fideicomisos, herencias y asociaciones como sindicatos (EPIC, 2018-a).

i. Casos en que procede la solicitud de información

Conforme lo dispuesto en la RFPA, la autoridad gubernamental⁶ (en adelante, “la Autoridad”), no podrá acceder u obtener copias, de la información financiera contenida en los registros financieros⁷ de los clientes de una institución financiera, a menos que:

- Los registros requeridos estén razonablemente individualizados;
- El cliente lo haya autorizado; y,
- Los registros sean solicitados por alguno de los siguientes medios: requerido por orden (*subpoena*) o citación a comparecer (*summons*) de carácter administrativo; por orden de búsqueda calificada (*qualified search warrant*); por orden judicial (*judicial subpoena*); o por requerimiento escrito de la Autoridad.

ii. Procedimientos de requerimiento de información por vía administrativa

⁵ La referencia a “instituciones financieras”, según la RFPA corresponde a un banco, un banco de ahorro, una administradora de tarjetas de crédito, una compañía de préstamos industriales, una compañía fiduciaria, una asociación de ahorro, construcción y préstamo, un banco cooperativo, o una unión de crédito, situados en cualquier Estado o territorio de los EE.UU., el Distrito de Columbia, Puerto Rico, Guam, Samoa Americana o las Islas Vírgenes. En este sentido, la definición actualmente incluye a minoristas y otros comerciantes (como las compañías de gasolina) que emiten sus propias tarjetas de crédito, aunque estas entidades generalmente no son percibidas como “instituciones financieras”. Por ejemplo, la definición se amplió a partir de julio de 2002 y ahora incluye muchas entidades que la mayoría de las personas no considerarían “instituciones financieras”, como el Servicio Postal de los EE.UU., los asesores de commodities y de futuros, y los casinos (EPIC, 2018-a).

⁶ “Autoridad gubernamental” es, de acuerdo a la RFPA, cualquier agencia o departamento de los EE.UU., o cualquier funcionario, empleado o agente del mismo.

⁷ Por “registros financieros” la RFPA se refiere al original o a la copia de la información en poder de una institución financiera, originada en la relación del cliente con la entidad financiera.

El procedimiento para obtener la información, mediante orden o citación administrativa, solamente podrá operar si hay una razón para creer que el registro es relevante para una investigación judicial o administrativa. Además, se debe notificar la orden o citación al cliente personalmente o por correo (a su última dirección conocida hasta antes de la citación), y también debe haberse notificado a las entidades financieras.

Se deberá también señalar, con un grado razonable de especificidad, la naturaleza de la investigación, y se acompañará la siguiente leyenda en los documentos:

Los registros o información relativa a sus transacciones en poder de la institución financiera mencionada en el requerimiento, están siendo requeridos por la presente (agencia o departamento), de conformidad con la Ley de Privacidad Financiera de 1978 [12 USC 3401 y ss.] para los siguientes fines:

Si usted desea que dichos registros o información no sean disponibles para la Autoridad, usted debe:

1. Rellenar el petitorio y la declaración jurada que se acompaña, o redacte uno propio, indicando que Ud. es uno de los clientes cuyos registros están siendo solicitados por el Gobierno y, los diferentes motivos que usted cree que los registros no son relevantes para la investigación iniciada o cualquier otro argumento jurídico para oponerse a la entrega de los archivos.
2. Remitir, el petitorio y la declaración por correo, o entregarlos en la secretaria de uno de los tribunales de distrito de los Estados Unidos.
3. Notificar a la autoridad gubernamental que solicita los registros, mediante correo o entregarle una copia de su propuesta y declaración.
4. Prepararse para acudir a los Tribunales y presentar su oposición con más detalle.
5. Tener en cuenta que no necesita tener un abogado, aunque es posible que desee contratar a uno para que le represente y proteja sus derechos.

De acuerdo a la RFPA, si no se siguen los procedimientos anteriores por parte del afectado, expirado el plazo de 10 días a partir de la fecha de notificación del requerimiento o 14 días a partir de la fecha de envío del anuncio, los registros o la información solicitada en ella se pondrán a disposición de la autoridad requirente.

Cabe hacer presente que los registros pueden ser transferidos a otras autoridades gubernamentales que lleven investigaciones vinculadas al cliente, en cuyo caso se le notificará después de haberse hecho la transferencia.

iii. Procedimientos de requerimiento de información por vía judicial

En el evento de que el cliente recurra al tribunal de distrito, la citada ley establece un procedimiento especial:

- En primer lugar, la petición del cliente deberá indicar:
 - Que el solicitante es cliente de la institución financiera a la que se han solicitado los registros.
 - Las razones por las que se argumenta que los registros financieros no son relevantes para la investigación iniciada por la Autoridad, o que no ha habido un cumplimiento sustancial de las disposiciones de la ley.
- La notificación a la Autoridad se hará directamente o por correo certificado, acompañando una copia de los documentos a la persona, oficina o departamento que se especifica en el anuncio que el cliente ha recibido en virtud del requerimiento de acceso.
- La Autoridad puede requerir al tribunal que se postergue temporalmente la resolución acerca de la petición, cuando:
 - La investigación se esté llevando a cabo dentro de su competencia;
 - Haya razón para creer que los registros que se solicitan son relevantes para una investigación;
 - Haya razón para creer que tal notificación se traducirá en:
 - Poner en peligro la vida o la seguridad física de cualquier persona;
 - Evadir la acción de la justicia;
 - Destruir o alterar elementos probatorios;
 - Amenazar a posibles testigos; o
 - Retrasar indebidamente cualquier juicio.

Si el tribunal ante quien recurrió el cliente estima que éste ha cumplido con los requisitos de presentación y notificación a la Autoridad, deberá ordenar a esta última que presente una respuesta argumentada, que podrá ser presentada en la Sala de Audiencias. Si el tribunal no puede resolver solo con la petición y la respuesta, podrá disponer que se realicen los procedimientos adicionales que estime oportunos, dentro del plazo de 7 días desde la respuesta de la autoridad. Lo resuelto por el tribunal es apelable.

iv. Excepciones a la aplicación de la RFPA

Existen clases de excepciones en las que ciertos registros financieros no están protegidos por la citada ley. En estas situaciones, la divulgación por parte de una institución financiera siempre estará permitida y no se requerirá autorización, citación o garantía (EPIC, 2018-a):

- Clase 1: Divulgaciones que no identifican a un cliente en particular. Por ejemplo: el departamento federal busca registros con respecto a los planes de beneficios para empleados, mantenidos por un banco nacional. Caso: *Donovan v. Banco Nacional de Alaska*, 696 F.2d 678 (9º Cir. 1983).
- Clase 2: Divulgaciones en interés de las instituciones financieras, incluyendo préstamos gubernamentales, así como aquéllas que son relevantes para posibles violaciones a la ley (la divulgación se limita al nombre del titular y la naturaleza de cualquier actividad ilegal

sospechosa). Por ejemplo: si una agencia federal solicita la publicación de los registros financieros para probar una solicitud de bancarrota.

- Clase 3: Divulgaciones relacionadas con investigaciones y procedimientos de supervisión. Cuando una agencia supervisora investiga una institución financiera, los derechos de los clientes no se ven afectados y, por lo tanto, se permiten tales divulgaciones. Por ejemplo: si la Comisión de Valores (*Securities and Exchange Commission*) desea investigar operaciones sospechosas dentro de un banco nacional.
- Clase 4: Divulgaciones bajo las disposiciones de privacidad fiscal. Por ejemplo: el IRS (autoridad federal impositiva) cuenta con sus propias protecciones a la privacidad individual en su legislación tributaria.
- Clase 5: Divulgaciones conforme a otros estatutos o reglas federales, procedimientos administrativos o judiciales y funciones legítimas de las agencias de supervisión. Por ejemplo: se permiten las divulgaciones realizadas bajo las normas de procedimiento civil federal en relación a litigios civiles, pues éstas ya envuelven el derecho a notificación antes de que la información sea divulgada.
- Clase 6: Divulgaciones de emergencia y divulgaciones a agencias federales con inteligencia extranjera o contrainteligencia u otras funciones de protección de la seguridad nacional. Por ejemplo: un cliente sospechoso de acción terrorista.

Por otra parte, existe una limitación a la RFPA respecto de los reportes de actividades sospechosas. Bajo la sección 3403 (c) del capítulo 12 U.S.C., las instituciones financieras y sus empleados tienen total inmunidad de responsabilidad civil por la denuncia de delitos penales, conocidos o presuntos, o de actividad sospechosa, mediante la presentación de un informe de actividad sospechosa (SAR, por sus siglas en inglés) ante la *Financial Crimes Enforcement Network* (FinCEN), que forma parte del Departamento del Tesoro (Hacienda).

Este sistema de informes evolucionó en 1992 cuando el Congreso reformó la Ley de Secreto Bancario (*Bank Secrecy Act*, BSA)⁸ para autorizar al Departamento del Tesoro a adoptar los requisitos de SAR, esto es, el poder de exigir el reporte de cualquier transacción sospechosa que pudiera significar una violación a normas legales o reglamentarias (EPIC, 2018-a).

La RFPA contiene una gran laguna respecto de la divulgación de información por parte de las instituciones financieras en virtud de la BSA. Si bien la RFPA contempla que se notificará a los clientes cuando los registros financieros se transfieran de una agencia federal a otra, no se exige notificar a los clientes cuando la FinCEN proporcione los SAR a los agentes del orden (EPIC, 2018-a).

A partir del 1 de abril de 2013, las instituciones financieras deben utilizar el sistema *Bank Secrecy Act BSA E-Filing System* para presentar informes de actividades sospechosas (<https://bsaefiling.fincen.treas.gov/main.html>) (OCC, s/f).

⁸ La Ley de Secreto Bancario (BSA), 31 USC 5311 *et seq*, establece el programa, el mantenimiento de registros y los requisitos de presentación de informes para los bancos nacionales, asociaciones de ahorro federales, sucursales federales y agencias de bancos extranjeros (OCC, s/f).

Esencialmente, una institución financiera debe presentar un SAR, si se descubre información como la siguiente (EPIC, 2018-a):

- Cualquier tipo de abuso de información privilegiada de una institución financiera, que involucre cualquier monto;
- Delitos federales contra, o que involucren transacciones realizadas a través de, una institución financiera que la institución financiera detecte y que involucren al menos \$ 5.000 dólares si se puede identificar a un sospechoso, o al menos \$ 25.000 dólares, independientemente de si se puede identificar al sospechoso;
- Las transacciones de al menos \$ 5.000 dólares que la institución sepa, sospeche o tenga motivos para sospechar involucran fondos de actividades ilegales o están estructuradas para intentar ocultar esos fondos;
- Las transacciones de al menos \$ 5.000 dólares, que la institución sepa, sospeche o tenga motivos para sospechar que están diseñadas para evadir cualquier regulación promulgada bajo la Ley de Secreto de Bancarrotas (*Bankruptcy Secrecy Act*); o
- Transacciones de al menos \$ 5.000 dólares que la institución sepa, sospeche o tenga motivos para sospechar que no tienen negocios o un propósito legal aparente o no son del tipo en el que normalmente se esperaría que participara el cliente en particular y para las cuales la institución no conoce una explicación razonable después de la debida investigación.

Las “transacciones” incluyen cualquier depósito, retiro, transferencia entre cuentas, cambio de moneda, préstamo, extensión de crédito, compra o venta de acciones, bonos u otra garantía de inversión, o cualquier otro pago a través de la institución financiera (EPIC, 2018-a).

2. Colombia

En Colombia, la reserva bancaria o secreto bancario ha sido definida por la Corte Constitucional (Sentencia C-397 de 1998) como “[e]l deber jurídico que tienen las instituciones de crédito y las organizaciones auxiliares y sus empleados, de no revelar los datos que lleguen directamente a su conocimiento, por razón o motivo de la actividad a la que están dedicados”.

Desde 1992, la Corte Constitucional (Sentencia T-440 de 1992) ha estimado que la reserva bancaria se sustenta constitucionalmente en el derecho a la intimidad, consagrado en el artículo 15 de la Constitución. Sin embargo, la misma Corte Constitucional ha señalado (por ejemplo en la Sentencia T-440 de 2003) que dicha reserva bancaria, aún respecto de datos amparados por el derecho a la intimidad, no es absoluta. Así, en criterio de la Corte, en determinadas circunstancias, el deber de reserva sobre información personal cede “ante las necesidades del interés público o de la protección de otros derechos y por ende puede ser sometido a limitaciones constitucionalmente legítimas”.

El mismo artículo 15 citado (inciso 4°) dispone excepciones a la confidencialidad de documentos privados, al establecer: [P]ara efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

La legislación colombiana reconoce diversos casos que facultan el levantamiento del secreto bancario por decisión administrativa. Estos son:

- La Ley 526 de 1999 crea la Unidad de Información y Análisis Financiero, encargada de detectar prácticas asociadas con el lavado de activos^[3]. El artículo 9º de esta norma, relativo a manejo de información, dispone que “La Unidad creada en la presente ley podrá solicitar a cualquier entidad pública, salvo la información reservada en poder de la Fiscalía General de la Nación, la información que considere necesaria para el cumplimiento de sus funciones”.
- El artículo 7 del Decreto 1092 de 1994, por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos Aduanas Nacionales, dispone en materia de actuación administrativa, que a las actuaciones de dicha Dirección no se podrán oponer la reserva bancaria ni judicial; sin embargo, los documentos que se obtengan seguirán amparados por la reserva que la ley establezca respecto de ellos, para lo cual se conformará con ellos un cuaderno separado.

Asimismo, quienes tengan acceso al expediente que contenga una investigación administrativa cambiaria, están obligados a guardar la reserva sobre los documentos que allí reposen y tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley.

- El artículo 8º del Decreto 1746 de 1991, por medio del cual se establece el régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo cambiario a seguir por la Superintendencia de Cambios, artículo 8, establece que a las actuaciones de la Superintendencia no se podrán oponer la reserva bancaria, tributaria ni judicial; sin embargo, los documentos que se obtengan seguirán amparados por la reserva que la ley establezca respecto de ellos.
- El literal i) del numeral 3 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece, respecto de las funciones de la Superintendencia Bancaria, que le corresponde a ésta: i) Evaluar la situación de las inversiones de capital de las entidades vigiladas, para lo cual podrá solicitar a éstas, la información que requiera sobre dichas inversiones, sin que sea oponible la reserva bancaria.

De la misma manera, la Corte Constitucional (Sentencia T-440 de 2003) ha reconocido que dentro del ordenamiento jurídico colombiano se ha de considerar el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas (aprobado mediante la Ley 800 de 2003). En éste instrumento, los artículos 12 y 18 señalan:

- Artículo 12. Decomiso e incautación. (...) "6. Para los fines del presente artículo y del artículo 13 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario".
- Artículo 18 Asistencia judicial recíproca (...) "8. Los Estados Parte no invocarán el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo" (Subraya fuera de texto).

3. México

De acuerdo a De la Fuente (2002: 1.325), en México el secreto bancario constituye "[e]l deber jurídico que tienen las instituciones de crédito, sus órganos, funcionarios, empleados y personas en relación directa con ellas, de observar discreción sobre cualquier tipo de operaciones que celebra con los usuarios; salvo en los casos en que así lo disponga la ley de la materia, o lo faculte el mismo cliente o en los casos de excepción que establezca la Secretaría de Hacienda y Crédito Público".

La Ley de instituciones de crédito regula el secreto bancario en el artículo 142. Éste dispone que la información y documentación relativa a operaciones y servicios de las instituciones de crédito (detalladas en el artículo 46) tendrán carácter de confidencial, por lo que las instituciones de crédito, en protección del derecho a la privacidad de sus clientes y usuarios, en ningún caso podrán dar noticias o información de los [d]epósitos, operaciones o servicios, sino al depositante, deudor, titular, beneficiario, fideicomitente, fideicomisario, comitente o mandante, a sus representantes legales o a quienes tengan otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio.

Excepcionalmente, el mismo artículo 142 de la Ley dispone que las entidades de crédito estarán obligadas a dar "noticias" sobre la información y documentación secreta mencionada, en los siguientes casos:

i. Por vía judicial

Procede en los casos cuando lo solicite la autoridad judicial en virtud de una resolución en el que el titular o uno de sus representantes sea parte o acusado en un proceso. La autoridad judicial podrá formular su solicitud directamente a la institución de crédito, o a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores;

ii. Por vía administrativa

Procede cuando así sea solicitado por las siguientes autoridades:

- El Procurador General de la República o el servidor público en quien delegue facultades para requerir información, para la comprobación del hecho que la ley señale como delito y de la probable responsabilidad del imputado;
- Los procuradores generales de justicia de los Estados de la Federación y del Distrito Federal o subprocuradores, para la comprobación del hecho que la ley señale como delito y de la probable responsabilidad del imputado;
- El Procurador General de Justicia Militar, para la comprobación del hecho que la ley señale como delito y de la probable responsabilidad del imputado;
- Las autoridades hacendarias federales, para fines fiscales;
- La Secretaría de Hacienda y Crédito Público;
- El Tesorero de la Federación, cuando el acto lo amerite, para solicitar los estados de cuenta y cualquier otra información relativa a las cuentas personales de los servidores públicos, auxiliares y, en su caso, particulares relacionados con la investigación de que se trate;
- La Auditoría Superior de la Federación, en ejercicio de sus facultades de revisión y fiscalización de la Cuenta Pública Federal y respecto a cuentas o contratos a través de los cuáles se administren o ejerzan recursos públicos federales;

- El titular y los subsecretarios de la Secretaría de la Función Pública, en ejercicio de sus facultades de investigación o auditoría para verificar la evolución del patrimonio de los servidores públicos federales;
- La Unidad de Fiscalización de los Recursos de los Partidos Políticos, órgano técnico del Consejo General del Instituto Federal Electoral, para el ejercicio de sus atribuciones legales, en los términos establecidos en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Las solicitudes administrativas deben formularse con la debida fundamentación y motivación y por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Por su parte, el Procurador General de la República, la Auditoría Superior de la Federación y la Unidad de Fiscalización de los Recursos de los Partidos Políticos, podrán optar por solicitar a la autoridad judicial que expida la orden correspondiente, a efecto de que la institución de crédito entregue la información requerida, siempre que especifiquen la denominación de la institución, el número de cuenta, el nombre del cuentahabiente o usuario y demás datos y elementos que permitan su identificación plena, de acuerdo con la operación de que se trate.

Las instituciones de crédito requeridas deberán contestar los requerimientos que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores les formule en virtud de las peticiones de las autoridades mencionadas dentro de los plazos que la misma determine.

4. Francia

La institución del secreto bancario se encuentra tratada en la legislación francesa dentro del concepto de secreto profesional. Bajo este concepto, el Código Monetario y Financiero francés, en el título destinado a los establecimientos del sector bancario, dispone de una sección que norma expresamente el secreto bancario. Al respecto, esta norma establece una regla general seguida de un catálogo de excepciones (disposición L-511-33).

La regla general establece que los administradores, directores o trabajadores de una entidad crediticia se encuentran sujetos a secreto profesional, que, como dijimos, en el ámbito específico de esta regulación constituye secreto bancario y que supone la prohibición de estas personas de dar a conocer la información a la que accedan en razón de sus funciones. De acuerdo al Código Penal Francés, la infracción a esta prohibición es sancionada con un año de prisión y multa de 15.000 Euros (Disposición 226-13 del Código Penal Francés).

En cuanto a las excepciones, el Código Monetario y Financiero se encarga de desarrollar este catálogo, entre las cuales destacan (Disposición L-511-33 del Código Monetario y Financiero):

- Solicitudes de información emanadas de la Autoridad de Control Prudencial o del Banco de Francia. Se trata de una solicitud de índole administrativa, sin mayores condiciones o requisitos.
- Solicitudes de información de la autoridad judicial, siempre que actúe en ejercicio de una acción penal;

- Divulgación de información a las agencias calificadoras, a efectos de analizar la calidad crediticia de los productos financieros; y, de acuerdo con la Directiva de la UE 2005/60/CE;
- Solicitudes de información emanada de los agentes de la Administración de Impuestos y de la Administración Aduanera.
- Solicitudes de información por parte de entidades matrices o filiales de la institución bancaria o crediticia, domiciliados en otro Estado Miembro y para diversos fines, entre ellos, la lucha contra el lavado de dinero y contra la financiación del terrorismo.

Referencias y textos normativos

Chile

- Decreto con Fuerza de Ley N° 3 de 1997 del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, sistematizado y coordinado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que se indican. Disponible en: www.leychile.cl (Diciembre, 2020).
- Decreto con Fuerza de Ley N° 707 de 1982 (DFL N° 707), que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques. Disponible en: www.leychile.cl (Diciembre, 2020).
- Ley N° 20.406 que establece que permiten el acceso a la información bancaria por parte de la autoridad tributaria. Disponible en: www.leychile.cl (Diciembre, 2020).
- Ley N° 20.818, que perfecciona los mecanismos de prevención, detección, control, investigación y juzgamiento del delito de lavado de activos. Disponible en: www.leychile.cl (Diciembre, 2020).
- La Ley N° 21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero. Disponible en: www.leychile.cl (Diciembre, 2020)
- Szczaranski Cerda, Clara (2010). *Un Asunto Criminal Contemporáneo*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Pag. 250.
- Ugalde Prieto, Rodrigo (2010), *Justificación de Inversiones y Secreto Bancario*. Thomson Reuters PuntoLex Santiago. Pag. 216.

Estados Unidos de América

- Constitución Federal de los EE.UU. (art. III sección 1) [en inglés]. Disponible en: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CDOC-110hdoc50/pdf/CDOC-110hdoc50.pdf> (Diciembre, 2020).
- Ley de Derecho a la Privacidad Financiera (Right to Financial Privacy Act, RFPA) de 1978 [en inglés]. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/12/chapter-35> (Diciembre, 2020).
- Corte Suprema de los EE.UU., United States v. Miller, 425 EE. UU. 435 (1976). Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/307/174> (Diciembre, 2020).
- Electronic Privacy Information Center, EPIC (2018-a). The Right to Financial Privacy Act. Disponible en: <https://epic.org/privacy/rfpa/> (Diciembre, 2020).
- -- (2018-b). About EPIC. Disponible en: <https://epic.org/epic/about.html> (Diciembre, 2020).

- Office of the Comptroller of the Currency, OCC (s/f). Bank Secrecy Act (BSA). Disponible en: <https://www.occ.treas.gov/topics/supervision-and-examination/bsa/index-bsa.html> (Diciembre, 2020).

Colombia

- Ley 526 de 1999 que crea la unidad de información y análisis financiero. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1661995> (Diciembre, 2020).
- Decreto 1092 de 1996, por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1733804> (Diciembre, 2020).
- Decreto 1746 de 1991, por medio del cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Superintendencia de Cambios. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1343393> (Diciembre, 2020).
- Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/15488> (Diciembre, 2020).
- Ley 800 de 2010, que aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1668639> (Diciembre, 2020).
- Corte Constitucional, sentencia T-440 de 1992 y sentencia T-440 de 2003, disponibles en: <http://www.corteconstitucional.gov.co> (Diciembre, 2020).

México

- Ley de Instituciones de Crédito. Disponible en: https://www.senado.gob.mx/comisiones/finanzas_publicas/docs/LIC.pdf (Diciembre, 2020).
- De la Fuente R., Jesús. (2002). *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*. Editorial Porrúa: Ciudad de México.

Francia

- Código Monetario y Financiero. Disponible en: <http://bcn.cl/1bupe> (Diciembre, 2020).
- Código Penal Francés. Disponible en: <http://bcn.cl/1bus4> (Diciembre, 2020).

Disclaimer

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.