



Levantamiento del secreto bancario, privacidad y debido proceso

El secreto bancario consiste en la protección que los bancos e instituciones financieras deben otorgar a la información relativa a los depósitos y captaciones de cualquier naturaleza que reciban de sus clientes. Se entiende que esta información es parte de la privacidad de los clientes del sistema financiero. Si no existiera esta norma, cualquier persona podría solicitar en un banco, por ejemplo, información sobre los movimientos de las cuentas de una tercera persona, lo que podría prestarse para un sinnúmero de situaciones con capacidad de afectar al titular de la cuenta, incluso fraudes y otros delitos. Existe un hecho que engloba esta idea y dice relación con la relación banco-cliente que da origen a esta institución. No cabe duda que la confianza ha sido el lazo que ha llevado al público a acercarse a los bancos para obtener una eficaz y prolífera intermediación de su dinero. Así surge esta relación banco-cliente que genera esta obligación de secreto, teniendo como sujeto activo (obligado) al banco y como sujeto pasivo (titular del derecho) al cliente. Es, en consecuencia, el *“deber de silencio a cargo de los bancos respecto de hechos vinculados a las personas con quienes mantienen relaciones comerciales”*. Hasta aquí no hay dudas, pues esto es consecuencia directa del vínculo que se genera; el problema se presenta cuando a esta relación se suma un tercero con intenciones de acceder a la información protegida por esta institución. Este tercero estará constituido, regularmente, por la Administración, y más precisamente, por la autoridad tributaria que tendrá interés en esta materia.

RESUMEN EJECUTIVO

La propuesta original del Gobierno para establecer normas que permitan el acceso a la información bancaria por parte de la autoridad tributaria era extremadamente impertinente, colisionaba con la privacidad económica y vulneraba el debido proceso, entregando a la exclusiva discrecionalidad de una autoridad administrativa la decisión sobre la oportunidad y justificación de levantar el secreto bancario de cualquier contribuyente. Durante la tramitación legislativa esta iniciativa ha sido morigerada en aras de asegurar un proceso más justo y racional. No obstante, los resguardos aún parecen insuficientes. Sería conveniente que el SII estuviera obligado a fundar sus solicitudes ante los jueces para levantar un secreto bancario, así como que también éstos estuvieran obligados a fundar sus resoluciones.

Actualmente se encuentran en tramitación en el Congreso Nacional dos proyectos de ley que afectan la institución del secreto bancario. Uno de ellos dice relación con autorizar el levantamiento del secreto bancario en investigaciones de lavado de activos y tiene como objetivo fundamental ampliar las facultades del Ministerio Público para la prevención, detección y persecución del delito de lavado de activos, permitiéndole profundizar en la información bancaria de las personas investigadas mediante una amplia facultad para levantar, con las debidas garantías judiciales, el secreto bancario¹. El otro proyecto confiere al Servicio de Impuestos Internos (en adelante SII) acceso a los movimientos de las cuentas corrientes y otras operaciones bancarias de las personas naturales o jurídicas. Además se contempla la cooperación internacional, estableciendo el intercambio de información a solicitud de país extranjero. Este último proyecto requiere un análisis profundo y genera desde un primer momento cuestionamientos por su potencial afectación del derecho a la intimidad de las personas y la protección de los datos personales, así como a la garantía constitucional del debido proceso.

Fundamento y reconocimiento del secreto bancario en nuestro ordenamiento jurídico

Existen diversas teorías que justifican esta institución², no obstante, para los fines de esta exposición nos referiremos sólo a la teoría que es generalmente aceptada en Chile. Al no existir, en muchos casos, un dato normativo específico en qué fundar el secreto bancario, se ha concebido como un verdadero derecho de la personalidad, en la perspectiva del reconocimiento de un derecho general 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 banca, a exigir una defensa de su intimidad, aunque sea de un carácter meramente económico. La confianza que han depositado los clientes en los bancos, en cuanto a

¹ Este Proyecto se adecua a la legislación internacional en esta materia; incluso Suiza, que pese a ser muchas veces cuestionada por considerarse una cuna para capitales mal habidos, tiene una estricta reglamentación en esta materia, contando incluso con una entidad especializada en captar e investigar este tipo de operaciones. Suiza ha implementado pasos preventivos y represivos contra el lavado de activos a través de herramientas modernas y comprensivas que activan efectivos procedimientos a nivel interno del banco y a un nivel internacional. Si el banco tiene la más ligera sospecha acerca de una transacción, se encuentra bajo la obligación de informar a la Oficina Federal de Reportes para Lavado de Dinero sin demora. Un juez Suizo puede ordenar el alzamiento del secreto bancario en cualquier momento y confiscar los fondos ilegales si hay prueba de que la cuenta bancaria es para asuntos criminales de acuerdo a la ley suiza.

² Vergara, Alejandro: “El secreto bancario”, Editorial Jurídica, Santiago, 1990, pp. 23-45. De acuerdo a este autor existirían las siguientes teorías: A. Uso, entendido como “la forma del derecho consuetudinario inicial de la costumbre, menos solemne que ésta y que suele convivir como supletorio con algunas leyes escritas”. Así, el uso se encontraría en una categoría inferior a la costumbre. No obstante, este uso obligaría a la banca al secreto, el cual, por tanto, ha terminado por ser habitual, transformándose en costumbre jurídica, en cuanto aparece como fruto de la efectiva observancia de una norma tácitamente puesta por la voluntad colectiva. B. Contrato, en este caso se predica que frente a la ausencia de norma, el origen del secreto bancario no se encuentra ya en la costumbre, sino en el contrato que liga al cliente con el banco, y precisamente de esa obligación emana una cláusula que incluye el deber de confidencialidad por parte de la institución financiera. Esta doctrina postula que dentro de la obligación principal que se señala en cada contrato, se incluya una obligación accesoria de mantener en secreto los antecedentes otorgados por los clientes. C. Secreto Profesional Esta idea perseguiría el balance entre el interés público y privado, siendo necesario adecuar la noción de secreto profesional a las nuevas exigencias de una sociedad en continuo desarrollo. Sería imperativo que el secreto bancario se considere secreto profesional, dada la especial relación que se establece con el banquero, caracterizada necesariamente por la confianza recíproca, que es elemento esencial del secreto profesional. Se sostiene que la banca se parece a un servicio público al que las personas están obligadas a recurrir, especialmente las empresas por ser el crédito indispensable para la vida de los negocios, luego ciertos secretos son necesariamente confiados a los profesionales de la banca, que deben, por tanto, estar sujetos al secreto profesional.

que éstos guardarían su intimidad, es lo que ha permitido a estas entidades adquirir un papel central en la recolección de antecedentes económicos de las personas que recurren a ellos. La naturaleza jurídica de este sigilo se convirtió en una obligación absoluta para los bancos, teniendo primeramente su fuente principal en el contrato o en el uso. Lo íntimo de cada persona es todo aquello que los demás no pueden invadir ni siquiera tomando conocimiento de ello. Los demás no tienen derecho a conocer ni adentrarse en mi intimidad; pero si alguna persona toma conocimiento de aquello, le surge el deber de secreto. Luego, el derecho no permite que lo íntimo de cada uno sea conocido por los demás, pero si en razón de una relación contractual se toma conocimiento de ello, entonces surge el deber de secreto respecto de lo que se ha conocido, no siendo lícito comunicarlo a los demás³. En consecuencia, el aspecto económico o patrimonial forma parte de la intimidad de las personas que resguardan los derechos de la personalidad, se incluyen 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 podrían dar a conocer a terceros.

En Chile actualmente existe una consagración expresa del secreto bancario. El derecho a la intimidad se encuentra reconocido en nuestra constitución en el artículo 19 N°5, estableciendo que *“La Constitución asegura a todas las personas: (...) 5° 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 lo referente al secreto bancario, es la intimidad o privacidad del cliente lo que está en juego, aunque en un aspecto económico. Es la persona, en cuanto titular del derecho, quien tiene el poder de pretender la máxima discreción en torno a los hechos que ha confiado a la banca. En consecuencia, dentro de la intimidad de las personas deben incluirse todas las noticias o hechos respecto de su patrimonio, intimidad económica o patrimonial que, como la información puesta necesariamente en conocimiento de los banqueros que, por aplicación del secreto bancario, éstos no pueden dar a conocer a terceros⁴.

La Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y de Cheques⁵, en su artículo 1°⁶ regula con amplitud el secreto bancario, estableciendo, además, sus limitaciones, es decir, las instancias en que opera el levantamiento de este secreto, exigiendo, en todos los casos, autorización judicial previa, quedando en evidencia la relevancia

³ Vergara (1990), p. 47

⁴ Vergara (1990), p. 49

⁵ El DFL N°707 de 7 de Octubre de 1982, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de esta ley.

⁶ El artículo 1 de esta ley señala: “La cuenta corriente bancaria es un contrato en 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.

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 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. Igual medida podrá disponer el Ministerio Público, con autorización del juez de garantía, en las investigaciones a su cargo.

Con todo, en las investigaciones criminales seguidas contra empleados públicos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Público, con autorización del juez de garantía, podrá ordenar la exhibición del movimiento completo de sus cuentas corrientes y de los respectivos saldos”.

de esta institución en nuestro país y el carácter excepcionalísimo de su levantamiento. Las excepciones al secreto bancario, contenidas en este artículo, son respecto de: (1) el titular o de quien haya sido facultado expresamente por éste; (2) los Tribunales de Justicia en las causas civiles o criminales seguidas contra el titular; (3) el Ministerio Público, en sus investigaciones, previa autorización judicial; y (4) el Ministerio Público, también previa autorización judicial, en investigaciones seguidas contra empleados públicos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

Esta norma es un importante antecedente de la Ley General de Bancos que también se refiere al secreto bancario en su Artículo 154⁷ que contiene, por su parte, las siguientes excepciones al secreto bancario: (1) No opera respecto del titular, de quien él haya autorizado expresamente o de su representante legal (este último no estaba señalado en la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y de Cheques); (2) Se puede levantar en términos globales, para fines estadísticos o de información, cuando existe un interés público calificado por la Superintendencia (en esta parte es flexible, pues establece un criterio amplio y determinado por la Administración); (3) La Justicia ordinaria o militar pueden ordenar la remisión de los antecedentes sujetos a secreto, respecto de la parte o imputado, en causas seguidas ante ellos; y (4) El Ministerio Público, en sus investigaciones, podrán examinar o pedir los antecedentes sujetos a secreto bancario, previa autorización judicial. Acá se realiza una distinción respecto del secreto bancario, establecido en el inciso primero, y de la reserva bancaria, que está contenida en el segundo inciso. Esta distinción es importante, pues el secreto es absoluto respecto de las operaciones de colocación y captación, e incluso se establece una sanción penal en caso de infracción; mientras que la reserva bancaria se refiere a “las demás operaciones” en cuyo caso se podrá acceder demostrando interés legítimo y siempre que no sea previsible que dicho conocimiento provocará un daño patrimonial al cliente. Este aspecto es muy importante para poder adoptar una posición respecto a la autorización que actualmente se pretende entregar al SII para levantar el secreto bancario. Entonces, por un lado, queda claro que el legislador ha otorgado protección a la privacidad de las personas y por otro, que también debe defenderse el interés público, sobre todo en lo relativo a préstamos y riesgos bancarios. Con esto se busca equilibrar los intereses públicos y privados que están presentes en lo referido al secreto bancario.

⁷ El artículo 154 de esta ley señala: “Los depósitos y captaciones de cualquier naturaleza que reciban los bancos están sujetos a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular, 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 efectos.

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

La Justicia ordinaria y 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 cualquiera naturaleza que hayan efectuado quienes tengan carácter de parte o imputado en esas causas u ordenar su examen, si fuera necesario.

Los fiscales del Ministerio Público, previa autorización del juez de garantía, podrán asimismo examinar o pedir que se les remitan los antecedentes indicados en el inciso anterior, que se relacionen directamente con las investigaciones a su cargo.”

Así lo han entendido también nuestros tribunales; emblemático es el caso “Chiofalo” que describiremos brevemente aquí por su relevancia. El Director de la Dirección Metropolitana del SII mediante resolución, dispuso “por orden de director” que un funcionario investigara las cuentas corrientes de la recurrente. Previamente, se había delegado a los Directores Regionales del SII, la facultad del Director Nacional de ordenar el examen de las cuentas corrientes, cuando se estuvieran investigando infracciones a las leyes tributarias. En ese contexto se ordena el examen de las cuentas corrientes de la recurrente. Se interpone recurso de protección que no es acogido por la Corte de Apelaciones, resolución que es apelada ante la Corte Suprema. Ésta no devuelve la causa y entra inmediatamente a conocer del fondo del asunto. Pese a que el fallo no se pronuncia respecto del secreto bancario y se limita a referirse a la delegación de competencias realizada en el SII, concluye 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 artículo 62, inciso 2º, del Código Tributario (relativo a los requisitos para realizar el examen de cuentas corrientes), *“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 ley”*⁸. Es así como accede al recurso interpuesto y deja sin efecto el decreto del SII que habría autorizado tal examen. En fin, esta actitud de justificar la resolución del caso por otras vías diferentes al fondo mismo del asunto, pudiese ser demostrativo de que, como ha dicho Soto Kloss, *“el juez supremo ha preferido no profundizar en demasía en el llamado ‘secreto bancario’”*⁹, no obstante que, sea como sea, le ha prestado el necesario reconocimiento, fundamentación y defensa a tal institución.

En suma, el origen o fundamentación del secreto bancario se encuentra en el derecho a la intimidad o vida privada y este derecho sólo podrá ser limitado en los casos y forma que una ley lo señale.

Acceso a la información bancaria por parte de la autoridad tributaria

Es justo enfatizar que la propuesta original del Proyecto de Ley que establece normas que permiten el acceso a la información bancaria por parte de la autoridad tributaria¹⁰, que presentó el Poder Ejecutivo era de corte más bien maximalista, pues, desde nuestra perspectiva, colisionaba no sólo con el derecho a la intimidad, sino también con las normas del debido proceso¹¹. En efecto, basta con una lectura de esta propuesta para que quede de manifiesto la vulneración, primero, del derecho a la intimidad, mediante el levantamiento del secreto bancario por causas genéricas de la mayor amplitud, y, segundo, del debido proceso, por la fuerza que se le otorga al silencio como aceptación y por el establecimiento de requisitos, en la solicitud de levantamiento, que hacen ilusorio el ejercicio del derecho a defensa del titular de los datos

⁸. Sentencia de la Corte Suprema de 19 de Junio de 1980, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, N°77, 1980, pp. 41-46³. Coordinadora Arauco Malleco: “Las forestales tendrán que irse de nuestros territorios”, en periódico El Rodriguista, diciembre de 1997.

⁹. Soto Kloss, Eduardo: “El recurso de protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 119.

¹⁰. Véase el Boletín N°6477-05 del Congreso Nacional.

a los que se pretende acceder. Esto último, porque por un lado, no se verifica la efectiva notificación de la parte requerida, privándosele con ello de toda posibilidad real de controvertir la solicitud, más aún, cuando consideramos que a raíz del mismo silencio que mencionábamos, la autoridad tributaria no necesita solicitar autorización judicial; y, por otro lado, porque al establecerse criterios tan amplios para que proceda la solicitud del SII, el Tribunal se ve altamente condicionado a dar lugar a dicha petición por cualquier causa, en la medida que no es posible argumentar en contra del ejercicio de una facultad fiscalizadora que, en sí misma, no es cuestionable.

Nuestro Tribunal Constitucional también ha entendido y reconocido el carácter indispensable que tiene el respeto de las normas del debido proceso para que dicho procedimiento sea constitucional, aun cuando, como en este caso, se trate de un procedimiento administrativo. Así, ha señalado que *“los principios contenidos en aquella disposición constitucional [Artículo 19 N° 3° de la Constitución Política de la República] rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional”*.¹²

¹¹. En este punto el Mensaje señalaba lo siguiente: “ARTICULO ÚNICO.- Reemplázase el artículo 62 del Código Tributario, contenido en el artículo primero del Decreto Ley N° 830, de 1974, por el siguiente: Artículo 62.- (...) Para la aplicación y fiscalización de las leyes tributarias, así como para dar cumplimiento a un convenio internacional o a compromisos de intercambio de información a que se refiere el número 6 de la letra A del artículo 6°, el Servicio podrá requerir la información relativa a las operaciones bancarias de personas determinadas, comprendiéndose todas aquellas sometidas a secreto o sujetas a reserva.

Salvo los casos especialmente regulados en otras disposiciones legales, los requerimientos de información bancaria sometida a secreto o reserva que formule el Servicio, se sujetarán al siguiente procedimiento:

1°.- El Servicio notificará al banco, requiriéndole para que entregue la información dentro del plazo que ahí se fije, el que no podrá ser inferior a cuarenta y cinco días contados desde la fecha de la notificación respectiva. El requerimiento deberá cumplir, a lo menos, con los siguientes requisitos:

- i) Contener la individualización del titular de la o las cuentas a que se refiere la información bancaria que se solicita;
- ii) Señalar la designación de los períodos comprendidos en la solicitud, y
- iii) Contener la referencia a si la información se solicita para los fines propios del Servicio, o para dar cumplimiento a un requerimiento efectuado por una autoridad tributaria extranjera.

2°.- Dentro de los cinco días siguientes de notificado, el banco deberá comunicar de la existencia de la solicitud del Servicio y su alcance al titular de la información requerida. La comunicación deberá efectuarse por carta certificada enviada al domicilio que tenga registrado en el banco o bien por correo electrónico, cuando así estuviera convenido o autorizado. Toda cuestión que se suscite entre el banco y el titular de la información requerida relativa a las deficiencias en la referida comunicación, o incluso a la falta de la misma, no afectarán el transcurso del plazo a que se refiere el numeral precedente.

3°.- Si no se formula oposición por parte del titular, o éste hubiese autorizado al banco a entregar información al Servicio, el banco deberá dar cumplimiento sin más trámite al requerimiento, dentro del plazo conferido.

4°.- Si el titular de la información requerida comunica su oposición al banco por escrito, dentro del plazo de diez días, el que empezará a computarse tres días después del envío de la carta certificada o del correo electrónico a que se refiere el numeral 2°, el banco no estará obligado a dar cumplimiento al requerimiento, a menos que el Servicio le notifique la resolución judicial que así lo autorice. (...)

(...) 5°.- El Juez Tributario y Aduanero resolverá la solicitud de autorización con citación del titular de la información, el cual tendrá el plazo de quince días para oponerse. En contra de la sentencia que se pronuncie sobre la solicitud procederá el recurso de apelación, el que deberá interponerse en el plazo de cinco días contados desde su notificación, y se concederá en ambos efectos. La apelación será tramitada en forma preferente en la Corte de Apelaciones competente. En contra de la resolución de la Corte, no procederá recurso alguno. El expediente se tramitará en forma secreta en todas las instancias del juicio.

6°.- Acogida la solicitud del Servicio por sentencia firme, el Servicio notificará al banco acompañando copia autorizada de la resolución del tribunal y otorgará un plazo de diez días para la entrega de la información solicitada.

7°.- El retardo u omisión total o parcial en la entrega de la información por parte del banco, será sancionado de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del número 1 del artículo 97 (...).” (Extracto del articulado propuesto, Boletín 6477-05, Mensaje inicial, 29 de Abril de 2009, 12 p. El subrayado es nuestro).

¹². Considerando Séptimo de la Sentencia Rol 437 de 2005 del Tribunal Constitucional.

No es muy difícil advertir que, en su redacción original, el proyecto vulneraba los principios de un proceso racional y justo, y por lo demás, bilateral, en la medida que la mera solicitud del SII, sin respuesta del titular, era causa suficiente para que el Banco estuviera obligado a levantar el secreto y proporcionar la información íntima patrimonial del requerido. En efecto, la laxitud con que se normaban las causales que hacían procedente la solicitud (“para la aplicación y fiscalización de las leyes tributarias”), a más de significar una extensión de las atribuciones del órgano respectivo (por cuanto no es posible discutir jurisdiccionalmente si el SII está dando cumplimiento a su función propia, pues el acto de fiscalización no puede considerarse perjudicial por sí solo), implica también una muestra más del empecinamiento tradicional de la administración en obtener privilegios procesales frente a los individuos. Privilegios que no es fácil defender desde una perspectiva teórica. De ahí surge la necesidad de establecer causales que restrinjan y permitan tener claridad respecto del motivo específico que hace necesario contar con dicha información, no bastando con un propósito genérico de fiscalización, pues aquí lo que se encuentra en discusión es, en definitiva, el respeto de garantías fundamentales reconocidas y consagradas en el más alto nivel jerárquico de nuestro ordenamiento jurídico.

Como era previsible, durante la tramitación legislativa primó la sensatez y la forma original del Proyecto fue alterada, estableciéndose mayores exigencias para la procedencia de la solicitud, por un lado, y exigiéndose un control jurisdiccional efectivo de la misma, por el otro. En su redacción final, tras su discusión en la Cámara de Diputados¹³, el Proyecto establece que será la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, la que, cuando se encuentre recopilando información a propósito de un contribuyente y en los casos en que sea necesario verificar la veracidad e integridad de sus declaraciones de impuestos o la falta de ellas, podrá requerir información de las cuentas corrientes del mismo. Además, el proyecto establece requisitos de procedencia de la solicitud más exigentes para que sea procedente el levantamiento del secreto bancario, y señala que cuando exista oposición del contribuyente, el juez resolverá con el sólo mérito de los antecedentes que acompañen las partes. Por supuesto, esta redacción presenta avances significativos respecto de la original, sin embargo, subsisten algunas deficiencias no menores en la forma como se plantea la modificación. Así, y pese a que existen innegables progresos en el resguardo de la bilateralidad de la audiencia y el debido proceso, los resguardos aún parecen insuficientes. En efecto, consideramos que cuando el proyecto señala que *“la solicitud del SII deberá presentarse con los antecedentes que sustenten el requerimiento y que justifiquen que es indispensable contar con dicha información para determinar las obligaciones tributarias”*¹⁴, se está arriesgando la indefensión del contribuyente, por cuanto es sustancialmente imposible para él mismo cuestionar la atribución fiscalizadora del servicio -como se señaló ella no puede ser considerada de suyo mala y, por ende, en términos jurídicos no puede lesionar bienes jurídicos en tanto no exceda sus competencias- y es materialmente imposible controvertir el aserto de ser indispensable la información bancaria para determinar sus obligaciones tributarias.

¹³. Véase el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de la Cámara de Diputados, para el proyecto de ley Boletín N°6477-05, de 4 de Agosto de 2009.

¹⁴. Considerando Décimo de la Sentencia Rol 437 de 2005 del Tribunal Constitucional.

Comentario Final

El Servicio de Impuestos Internos ha sido enfático en orden a señalar que la aprobación de esta iniciativa favorece el control de la evasión tributaria por dos vías: como un mecanismo de control de evasión directa y como un factor disuasivo para los contribuyentes que omiten declaraciones menores. De este modo, el proyecto permitiría reducir el círculo de pagos al margen de la tributación, por ejemplo el cobro de servicios sin entregar boleta. La sola aparición de esta herramienta, se esgrime invocando un argumento pragmatista, puede aumentar dos puntos porcentuales la recaudación, lo que podría equivaler a unos 700 millones de dólares¹⁵.

Más allá de los innegables beneficios que reporta una mejor y más eficaz recaudación tributaria, es importante hacer notar que mayores atribuciones al servicio de impuestos internos no pueden fundarse exclusivamente en consideraciones de carácter utilitario para atropellar garantías fundamentales. Como vemos, el criterio general que habilita para solicitar el levantamiento del secreto bancario, hace del control judicial propuesto solo una formalidad para cumplir con lo exigido por el Tribunal Constitucional, pero no una garantía de fondo, esto, porque frente al señalamiento de esa motivación el juez no tendrá los elementos de juicio suficientes para negarse a la solicitud. De aquí que sea fundamental incorporar como requisito para el levantamiento del secreto bancario, que la resolución del Tribunal que autoricen el levantamiento del secreto bancario tenga el carácter de fundada, toda vez que, sólo con los fundamentos de la sentencia es posible para el afectado tener mayor seguridad acerca de los criterios que se tuvieron en cuenta a la hora de aceptar la solicitud y poder, en caso de no estar de acuerdo, interponer los recursos que la ley le otorga. Además, esta manera de resolver las contiendas permitirá la creación de una jurisprudencia que puede ser muy rica en contenido y una eficaz fuente de reforzamiento de las garantías fundamentales de la persona individual frente a las actuaciones de la Administración pública.

¹⁵. Cifra entregada por el Director del SII en reunión con la Comisión Económica de la UDI, realizada en Junio de 2009.