

## **NUEVO REGIMEN DE LEVANTAMIENTO DE SECRETO BANCARIO EN MATERIA TRIBUTARIA INTRODUCIDO POR LA REFORMA FISCAL**

Dr. Esc. Marccello Franco Dell'Isola <sup>1</sup>

La modificación que la Ley 18.083 introdujo en nuestro sistema tributario nacional no alcanzó al Derecho Penal Tributario perdiéndose una inmejorable oportunidad de plasmar en el orden jurídico una reforma estructural que actuara como un todo orgánico con la nueva realidad sistémica y permitiera reformular todo el sistema de infracciones fiscales y el delito de defraudación tributaria los que serían “aggiornados” y mejorados en su descripción típica.

El legislador únicamente introdujo una disposición aislada cuyo tenor engendra e incorpora al orden jurídico vigente una nueva excepción al secreto bancario.

En nuestro régimen legal vigente el secreto bancario constituye el principio general y una regla básica sobre la que se apoya y construye nuestro sistema financiero.

Este instituto configura una herramienta eficaz para la protección integral de un bien jurídico objeto de tutela constitucional como es la libertad individual que en este caso se concreta en la custodia de la intimidad y la privacidad.

Como todo principio general su régimen de excepciones debe estar regulado por el principio de máxima taxatividad, hallarse fijado indefectiblemente por la Ley nacional y ser interpretado en forma restrictiva.

Un incremento excesivo del régimen de excepciones o una regulación demasiado laxa o flexible de éstas supondría que por vía tangencial o indirecta se estaría debilitando el principio general.

---

<sup>1</sup> Profesor Adscripto de Derecho Penal de la UDELAR. Ayudante (Grado 1) en dicha asignatura.

El secreto bancario es la regla por lo que debe velarse para que la multiplicidad de excepciones, ya sean directas o indirectas, no lo transformen en un mero “derecho simbólico” carente de consistencia ya que de ser así estaríamos ante la flagrante violación de un derecho constitucional.

En el régimen de nuestro derecho positivo el secreto bancario es un instituto de marcada incidencia en el nacimiento y consolidación de la plaza financiera.<sup>2</sup>

Su estudio supone imperativamente considerar dos aspectos, por un lado, la obligación legal para la institución financiera de guardar secreto bancario so pena de configurar un delito (artículo 25 decreto Ley 15.322), y por otro lado, la eventual posibilidad de que el secreto bancario sea una herramienta adecuada para cobijar negocios ilícitos y amparar el lavado de activos.

Frente a éste último aspecto deberá oponerse la permanente preocupación de operadores financieros y autoridades nacionales quienes actuarán como celosos custodios de la transparencia del sistema financiero procurando aplicar e interpretar correctamente el elenco de excepciones dentro de los límites que consagra nuestra normativa vigente.

Dado que el secreto bancario es una herramienta legal idónea para proteger el derecho a la privacidad e intimidad como manifestaciones del supremo bien jurídico libertad tenemos que tener presente que toda violación de éste supone inexorablemente la violación de un derecho fundamental inherente a la persona humana y consagrado a texto expreso en la carta magna como es la libertad (artículos 7 y 72 de la Constitución Nacional).

El secreto bancario no solo tutela el interés privado de una persona sino además el interés público de mantener la estabilidad, equilibrio, solidez y credibilidad del sistema financiero.

---

<sup>2</sup> Olivera García, Ricardo, “Banca Off Shore en el Uruguay”, Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, Año 1991, p. 15.

La tutela del secreto bancario se vincula directamente con la protección de la libertad de la persona humana ya que la defensa de la privacidad y el derecho de mantener parte de la experiencia de la propia vida al margen del conocimiento de los terceros configura un atributo natural de la misma tal como lo reconocen los textos constitucionales, la Declaración de Derechos del Hombre de 1948 y otros muchos pactos y declaraciones internacionales.<sup>3</sup>

También resulta ineludible considerar que el secreto bancario involucra el interés político de los Estados en la protección de la actividad financiera en beneficio de la economía pública.

La actividad bancaria es imprescindible en toda organización económica y social por lo que debe rodearse a la misma de las condiciones más adecuadas para su desarrollo en beneficio del cliente, del banquero y de la sociedad toda.

La primera y más relevante de esas condiciones es precisamente la confidencialidad y el deber de sigilo o reserva que conforman el pilar fundamental o eje central de la credibilidad del sistema financiero.<sup>4</sup>

Al decir de PASCUAL FIORE, el secreto bancario integra esa categoría de esencias jurídicas que recogen los intereses generales del Estado<sup>5</sup>, aquellos que el Profesor OPERTTI denomina como “normas de policía interna” y que usualmente conocemos como el Orden Público Internacional del país<sup>6</sup>.

El secreto bancario se configura como un estatuto de derecho (deber que en muchos países integra el respectivo orden público internacional).

---

<sup>3</sup> Tavares, Juárez, “La Violación al sigilo bancario en fase de protección a la vida privada”, en Revista Brasileira de Ciencias Criminales, año uno, Río de Janeiro, año 1993, pp. 105 y ss.

<sup>4</sup> Espriella Ossio, Alfonso, “El Secreto Bancario. Historia De La Banca En Colombia.”, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1975, p. 15.

<sup>5</sup> Fiore, Pascual, “Derecho Internacional Privado”, Tomo 1, Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878, p. 60 y ss.

<sup>6</sup> Cervini, Raúl citando a Opertti, Didier en “Secreto Bancario en el Uruguay”, Fundación de Cultura Universitaria, p. 35.

Su particular jerarquía no puede ser ignorada a la hora de implementar instancias de cooperación judicial penal internacional por lo que en todo caso deberá primar el principio de respeto a la Ley interna procesal y sustancial del Estado requerido.

Esto significa que no podrán sortearse los requisitos de forma y fondo que la Ley interna exige para el relevamiento judicial del secreto bancario bajo el simple expediente de la cooperación judicial penal internacional.

El desconocimiento del principio del debido respeto a la Ley interna del Estado rogado transformaría automáticamente la reciproca ayuda judicial penal en “mera cortesía internacional exenta de garantías jurídicas”.<sup>7</sup>

- Teniendo presente todas las consideraciones formuladas precedentemente ingresamos al análisis de los artículos 53 a 56 de la Ley 18.083, los que rezan:

**Artículo 53: Levantamiento voluntario del secreto bancario:** “La Dirección General Impositiva (DGI) podrá celebrar acuerdos con los contribuyentes en los que éstos autoricen, para un período determinado, la revelación de operaciones e informaciones amparadas en el secreto profesional a que refiere el artículo 25 del Decreto Ley número 15.322, de 17 de setiembre de 1982.

La autorización conferida por los contribuyentes en los términos del inciso anterior tendrá carácter irrevocable y se entenderá dirigida a todas las empresas comprendidas en los artículos 1 y 2 del Decreto Ley número 15.322, de 17 de setiembre de 1982.

Para quienes otorguen la autorización referida en el inciso anterior, la DGI podrá reducir el término de prescripción de sus obligaciones tributarias. En tal caso, los términos de cinco y diez años establecidos por el artículo 38 del Código Tributario, podrán reducirse a dos y cuatro años respectivamente”.

---

<sup>7</sup> Conclusiones extraídas de la segunda reunión conjunta de Consejos Consultivos y de Dirección del Internacional Center of Economic Penal Studies realizada en julio de 1994 en Nueva York.

- Consideramos que la autorización para el relevamiento del secreto bancario sólo puede concederse válidamente para operaciones ciertas y determinadas debiendo descartarse toda hipótesis de autorizaciones genéricas o por tiempos indeterminados.

También consideramos que la referida autorización puede ser perfectamente revocada por quien la concedió con las mismas formalidades configurando a nuestro parecer una práctica legislativa desaconsejable aquella que pregona la imposición de la irrevocabilidad de la autorización concedida.

No resulta legítimo privar al titular de una o varias cuentas bancarias de su derecho de revocar la autorización para el relevamiento del secreto bancario que confirió originalmente ya que ello constituye una restricción ilegítima del derecho a la privacidad como manifestación del bien jurídico libertad.

Entendemos que la institución bancaria como confidente necesario así como no puede desconocer la autorización que le otorgo el titular de las cuentas bancarias para quedar relevada del secreto bancario y así poder divulgar lícitamente información que, de principio es esencialmente reservada, tampoco podrá desconocer la revocación que éste haga de la referida autorización original.

Estimamos que toda vez que una institución financiera sea informada por su cliente, en forma expresa, de su voluntad de revocar la autorización inicialmente concedida de levantar el secreto bancario de una o varias de sus cuentas, deberá acatar inmediatamente la misma y abstenerse de suministrar más información de su cliente, so pena de incurrir en responsabilidad, hasta tanto no exista una orden judicial acompañada de la correspondiente resolución fundada que lo releve expresamente de su obligación legal de guardar reserva.

**Artículo 54: Levantamiento del secreto bancario:** “Cuando la administración tributaria presente una denuncia fundada al amparo del artículo 110 del Código Tributario, y solicite en forma expresa y fundada ante la sede penal el levantamiento del secreto bancario a que refiere el artículo 25 del Decreto Ley número 15.322, de 17 de setiembre de 1982, las empresas comprendidas en los artículos 1 y 2 de dicha norma

quedarán relevadas de la obligación de reserva sobre las operaciones e informaciones que estén en su poder, vinculadas a las personas físicas y jurídicas objeto de la solicitud, siempre que no medie en un plazo de treinta días hábiles, pronunciamiento en contrario del Fiscal competente o del Juez de la causa. En tal hipótesis, el levantamiento del referido secreto alcanzará exclusivamente a las operaciones en cuenta corriente y en caja de ahorro.

Transcurrido el plazo a que refiere el inciso anterior, o mediando resolución judicial expresa favorable en las condiciones generales del artículo 25 del Decreto Ley número 15.322, la Sede dará curso a la solicitud comunicando dicha determinación al Banco Central del Uruguay, el que a su vez recabará de los sujetos regulados la información que pueda existir en poder de éstos”.

- Ésta disposición es incuestionablemente la más criticable de todas ya que consagra un mecanismo de relevamiento del secreto bancario que colide con los más elementales principios garantistas.

Según esta norma, toda vez que la administración fiscal presente una denuncia fundada por el delito de defraudación tributaria (artículo 110 del Código Tributario) y peticione expresa y fundadamente en la misma el levantamiento del secreto bancario, ello implicará que las empresas de intermediación financiera, mencionadas en los artículos 1 y 2 de la Ley 15.322, quedarán relevadas de su obligación legal de guardar reserva sobre las cuentas corrientes y cajas de ahorro de las personas denunciadas, ya sean físicas o jurídicas, siempre y cuando en un plazo de treinta no medie un pronunciamiento contrario a dicho relevamiento proveniente del fiscal competente o del juez de la causa.

Este artículo consagra un procedimiento abominable para obtener el relevamiento del secreto bancario ya que de no existir un pronunciamiento fiscal o judicial en contrario a él dentro del término de 30 días a contar de la denuncia de la administración fiscal por el delito de defraudación tributaria conteniendo solicitud

expresa del referido relevamiento los confidentes necesarios quedarán relevados de su obligación de guardar sigilo sobre las operaciones de sus clientes.

Reprobamos por ilegítimo este procedimiento, entendemos que debió recurrirse a la tesis inversa, instaurándose la fórmula que establece que hasta tanto no exista un pronunciamiento fiscal o judicial favorable a la solicitud de levantamiento de secreto bancario comunicado en forma expresa al confidente forzoso no se entenderá que éste queda exonerado de su obligación de guardar reserva.

Para considerarse como legítima la restricción de un derecho, cualquiera que fuere, con excepción de la vida, bien supremo por excelencia, debe existir un pronunciamiento judicial expreso, dictado en legal forma, tal como lo prescribe el artículo 25 del decreto Ley 15.322 que consagra el relevamiento del secreto bancario, que no es otra cosa que una limitación legal del derecho a la privacidad e intimidad, únicamente cuando exista resolución fundada dictada por el Juez en lo Penal y fundamentada en la necesidad de perseguir un delito o el cumplimiento de una pensión alimenticia.

La Ley deja desprotegido y acéfalo de abrigo al bien jurídico libertad ya que la sola apatía judicial, es decir el no pronunciamiento expreso de la justicia competente dentro del término de treinta días, exime al confidente necesario de su obligación de guardar sigilo obligándole a divulgar información reservada de sus clientes a la denunciante satisfaciendo así la pretensión de ésta.

Bastará que la justicia competente nada diga dentro del término de treinta días para que las empresas de intermediación financiera queden eximidas de su obligación legal de guardar reserva sobre las cuentas de sus clientes.

Por vía de una omisión relevante de la justicia competente (es decir el no pronunciamiento dentro del plazo de 30 días) se consagra un avasallamiento irreverente del bien jurídico libertad explicitado en el derecho a la privacidad de sus titulares.

Es por demás obvio, que el levantamiento del secreto bancario, obtenido en estas condiciones tan poco garantistas, no está encaminado a descubrir una capacidad

contributiva distinta de la denunciada por el Contribuyente, sino lisa y llanamente, a dismantelar un instituto destinado a la tutela de la intimidad y de ese modo permitir a la administración fiscal averiguar datos sobre el contribuyente y demás personas relacionadas con él en la denuncia.

No nos cabe duda que la dirección dogmática de este nuevo artículo, no es la de facilitar y mejorar la lucha contra el delito tributario y especialmente el crimen fiscal organizado, sino lisa y llanamente, satisfacer los bríos recaudadores de la administración tributaria.

En este caso se ha regulado el procedimiento de levantamiento del secreto bancario de modo similar al instaurado para la clausura de establecimientos comerciales como sanción tributaria, ya que en ambos casos se estipula que la administración tributaria lograra su propósito explicitado en la denuncia, toda vez que en un plazo perentorio, la Justicia competente no se expida sobre la procedencia o improcedencia de la petición de ésta.

Es ésta una nueva manifestación legislativa que pauta una peligrosa tendencia dirigida a violar por esta vía el principio de igualdad de las partes ante la Ley en favor del Estado, ya que privilegia los derechos de éste por sobre los particulares y en definitiva, con ello, no hace otra cosa que contribuir a consolidar e incrementar, más aún, la hegemonía de la administración tributaria por sobre los contribuyentes y administrados.

Naturalmente, esta prevenda legal que obtiene la administración tributaria de poder ver satisfecha su pretensión de obtener el levantamiento del secreto bancario de sus denunciados por presunta defraudación fiscal, por el mero decurso del tiempo (30 días) sin que exista un pronunciamiento judicial en contrario, es privativa de ella y en ningún caso es aplicable a las denuncias que puedan formular los particulares.

Entendemos que este procedimiento consagrado en el artículo 54 de la Ley 18.083, inverso al debido, es claramente inconstitucional, tanto o más que la regulación de la mentada clausura de establecimiento comercial.



En igual sentido el Instituto de Finanzas Públicas ha sostenido que “...el cierre de establecimientos por la administración es inconstitucional pues tratándose de una pena que implica la privación de derechos individuales sólo puede ser aplicada por los órganos jurisdiccionales...”<sup>8</sup> y ello naturalmente, como consecuencia de un debido proceso.

Igual criterio han expresado autores de la talla de VALDÉZ COSTA, HUERTAS, BERRO, etc.

**Artículo 55: Alcance del secreto bancario:** “Interpretase que no está incluida en el secreto profesional a que refiere el artículo 25 del Decreto Ley número 15.322, de 17 de setiembre de 1982, la información que la administración tributaria solicite a las instituciones de intermediación financiera comprendidas en dicha norma, en relación a las obligaciones tributarias originadas en su condición de contribuyentes. Dicha información no podrá ser utilizada por la administración en relación a terceros”.

La norma es diáfana en cuanto a que el secreto bancario a que refiere el artículo 25 del decreto Ley 15.322 no comprende la información que la administración fiscal solicite a las empresas contenidas en los artículos 1 y 2 del referido decreto Ley en su condición de contribuyentes.

Dicho de otro modo las empresas de intermediación financiera tienen la obligación legal de guardar secreto sobre las cuentas de sus clientes debiendo negarse a suministrar o revelar información acerca de éstas sino media resolución fundada dictada por el Juez competente y fundamentada en la necesidad de perseguir un delito o asegurar el cumplimiento de una pensión alimenticia pero no podrán resistirse a brindar información sobre su propia operativa como contribuyentes fiscales.

**Artículo 56:** “Facultase a la Dirección General Impositiva (DGI) y al Banco de Previsión Social (BPS), bajo resolución fundada, para el cobro de los tributos que recauda y/o administra, incluidas las multas, recargos y demás sanciones, a solicitar en los juicios ejecutivos que inicie y en las medidas cautelares que solicite, el embargo de

---

<sup>8</sup> Dictamen del Instituto Uruguayo de Finanzas Públicas citado por Valdéz Costa en Código Tributario anotado y comentado, p. 505.

las cuentas bancarias de los sujetos pasivos y de los responsables solidarios, sin necesidad de otra identificación que el nombre completo o la razón o denominación social del demandado o cautelado, conjuntamente con cualquier número identificatorio como ser el de los siguientes documentos o registros: cédula de identidad, pasaporte, documento de identidad extranjero, inscripción en el Registro Único de Contribuyentes de la DGI, o inscripción en el BPS. Dicho embargo se notificará al Banco Central del Uruguay (BCU), quien lo comunicará por un medio fehaciente a todas las empresas comprendidas en los artículos 1 y 2 del Decreto Ley número 15.322, del 17 de setiembre de 1982, en un plazo de dos días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación. El embargo de las cuentas bancarias a que refiere este artículo quedará trabado con la providencia judicial que lo decrete y se hará efectivo con la notificación del mismo a las empresas comprendidas en los artículos 1 y 2 del Decreto Ley número 15.322, del 17 de setiembre de 1982, por parte del BCU, según lo dispuesto en el inciso anterior. Las empresas comprendidas en los artículos 1 y 2 del Decreto Ley número 15.322, del 17 de setiembre de 1982, que tengan cuentas bancarias abiertas a nombre del demandado o cautelado embargadas conforme a lo dispuesto en este artículo, deberán informar a la Sede judicial, en un plazo de tres días hábiles contados a partir de la notificación que les realice el BCU, según lo dispuesto en el inciso primero, la existencia y cuantía de los fondos y valores, en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto, de los cuales el titular es el embargado. Dichos datos sólo podrán ser tenidos en cuenta a los efectos de adoptarse los embargos específicos que sobre los citados bienes disponga la Sede judicial interviniente, no constituyendo medio de prueba hábil para la determinación de tributos del embargado o de terceros, salvo en el caso del contribuyente por sus impuestos propios, cuando el mismo lo hubiera autorizado expresamente”.

Esta disposición hace extensivo el régimen de medidas cautelares fiscales al ámbito bancario pudiendo trabarse embargos preventivos sobre las cuentas de los presuntos deudores fiscales.

Antes de acceder a la implantación de medidas cautelares de esta índole sobre las cuentas bancarias de los demandados (presuntos deudores fiscales) el Juez competente deberá analizar de manera muy rigurosa su procedencia y legitimidad ya que se trata de medidas susceptibles de causar gravámenes irreparables debiendo rechazar las mismas toda vez que no constate fehacientemente que existe una presunción cierta, vehemente y fuerte de peligro para la satisfacción o concreción futura del presunto crédito fiscal reclamado por la administración tributaria.

Las medidas cautelares deben limitarse a su específica finalidad, en este caso a evitar males ciertos y futuros para la integridad y satisfacción del presunto crédito fiscal, o como se dice, siguiendo una frase feliz, “para evitar que la justicia, como los guardias de la opera bufa, esté condenada siempre a llegar demasiado tarde”.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Couture, Eduardo J. en su memorable libro “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Editorial Depalma, p. 326.