

El relevamiento del Secreto Bancario Uruguayo en el marco del Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre Uruguay y el Reino de España Ley 17.020

Raúl Cervini

El abordaje práctico del tema analizado impone responder a una serie de interrogantes

I - Cuales son los sujetos alcanzados por la normativa de Secreto Bancario vigente en la República Oriental del Uruguay

Para responder esta pregunta debemos realizar un brevísimo esquema de la evolución del instituto del Secreto bancario en la normativa Uruguaya.

1. **Etapas anteriores al Código Penal de 1934.** Durante la vigencia de nuestro primer Código Penal patrio de 1889 sólo existían disposiciones dispersas y más o menos inconexas relativas a la materia del secreto profesional. El Código de Comercio regulaba la obligación de guardar el secreto por parte de algunos intervinientes en la relación comercial y contenía disposiciones concernientes al secreto encartado en los libros de comercio. El Código Civil hacía referencia expresa a la obligación de secreto del depositario. Por su parte, el Código de Instrucción Criminal, en su artículo 227, contenía una norma adjetiva destinada a velar por el secreto, impidiendo que determinados depositarios del mismo pudieran ser citados a declarar como testigos, entendiendo la doctrina nacional que esta fórmula era comprensiva de cualquier profesión, empleo o comisión.
2. **El Código Penal de 1934.** Dentro del Capítulo de los Delitos contra la Inviolabilidad del Secreto, incorpora en nuestro derecho positivo, en forma genérica, la figura delictiva de revelación del secreto profesional, en su artículo 302 ⁽¹⁾. Debe resaltarse que el secreto bancario fue considerado -casi unánimemente- tanto por la doctrina como por la jurisprudencia uruguaya como una manifestación del secreto profesional. El tratadista BAYARDO BENGGOA expresaba que "si existe una actividad que permite a quien la ejerce penetrar a profundidad en los secretos de la clientela, esta es, sin duda, la del banquero" ⁽²⁾. Más adelante, el mismo autor siguiendo las enseñanzas de GULPHE expresaba que el banquero y otros operadores del mundo de las finanzas y valores se perfilan como un verdadero confidente profesional de quienes requieren sus prestaciones; y si se afinan un poco más los conceptos, echa de verse, decía, que de una manera general y constante, estos operadores se encuentran investidos en la actualidad -por las características de su actividad y la complejidad de la vida financiera- de un verdadero monopolio de hecho para el cumplimiento de obligaciones diversas, en ocasión de las cuales, los terceros se ven obligados a recurrir a ellos; de donde surge claramente esa nota de profesional confidente necesario ⁽³⁾.

¹ El artículo 302 del Código Penal Uruguayo (Revelación de Secreto Profesional) establece: "El que, sin justa causa revelare secretos que hubieran llegado a su conocimiento en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado cuando el hecho causare perjuicio, con multa".

² BAYARDO, BENGGOA, Fernando: "La Tutela Penal del Secreto", Facultad de Derecho, Montevideo 1961, p. 363.

³ GULPHE, F.: "Le Secret professionnel du banquier en Droit Français et en Droit Comparé", pub. en *Rev. Trim. de Droit Commercial*, París 1948, p. 18.

3. **Decreto- Ley 15.322.** El 17 de setiembre de 1982 es promulgada el Decreto- Ley de Intermediación Financiera. Esta normativa modificó sustancialmente la regulación existente en Uruguay respecto a la actividad financiera. Su finalidad fue aglutinar en forma sistemática y en un único texto legal, la normativa existente en la materia, estimular el desenvolvimiento de la plaza financiera uruguaya, a través de institutos que otorgan beneficios y garantías al inversor financiero (entre ellos reafirmando el secreto bancario) y finalmente aumentar las potestades de regulación y contralor del Banco Central otorgándole herramientas eficaces para la conducción de la actividad financiera nacional. Este Decreto- Ley en su capítulo VI, bajo el nomen juris de Secreto Profesional, prevé en su artículo 25 el estatuto de derecho deber base del secreto bancario uruguayo., cuyo texto expresa:

“Art. 25. Las empresas comprendidas en los artículos 1 y 2 de esta ley no podrán facilitar noticia alguna sobre los fondos o valores que tengan en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto, pertenecientes a persona física o jurídica determinada. Tampoco podrán dar a conocer informaciones confidenciales que reciban de sus clientes o sobre sus clientes. Las operaciones e informaciones referidas se encuentran amparadas por el secreto profesional, y sólo pueden ser reveladas por autorización expresa y por escrito del interesado o por resolución fundada de la Justicia Penal o de la Justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria y en todos los juicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud.

No se admitirá otra excepción que las establecidas en esta ley.

Quienes incumplieren el deber establecido en este artículo, serán sancionados con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría”.

Precisamente, los Arts. 1 y 2 de la Ley de Intermediación Financiera determinaban la nómina de operadores a los cuales originalmente alcanzaba el Secreto Bancario

Artículo 1 – *“.....A los efectos de esta ley, se considera intermediación financiera la realización habitual y profesional de operaciones de intermediación o mediación entre la oferta y la demanda de títulos valores, dinero o metales preciosos.”*

- 4) **La nómina de sujetos alcanzado s por el Secreto Bancario se fue ampliando con el tiempo. Los Intermediarios de Valores (Agentes de Valores y Corredores de Bolsa) quedaron formalmente vinculados al Secreto bancario a partir de la Ley 18.627 de Mercado de Valores en sus artículos - 54 y 55.**

Artículo 54 *“(Secreto profesional).- Las entidades registrantes y los intermediarios de valores están comprendidos en la obligación de secreto profesional, en los términos del artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, el que no será oponible al Banco Central del Uruguay”.*

Artículo 55 *“(Secreto profesional. Dependiente).- Toda persona que participe en cualquier concepto en la dirección, gestión, control o auditoría de la entidad registrante del emisor o de los intermediarios de valores intervinientes así como toda persona empleada o contratada por cualquiera de esos sujetos de derecho y que tenga conocimiento en el marco de su actividad profesional de informaciones relacionadas con los valores escriturales y sus titulares, también está obligada a guardar secreto profesional en los términos previstos en el artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, el cual no será oponible al Banco Central del Uruguay”*

En suma los Agentes de valores se encuentran claramente sometidos al estatuto del Secreto Bancario, ya que la referencia a “secreto profesional”, debe entenderse acorde a la remisión que las mismas normas hace a la Ley de Intermediación Financiera No 15.322, que incorpora formalmente al Secreto profesional Bancario dentro del Orden Público Nacional.

II Cual es el Alcance estatutario del Secreto bancario Uruguayo para las entidades comprendidas?

Para responder esta pregunta debemos adentrarnos en los elementos caracterizantes del Secreto Bancario, a la luz de la doctrina y jurisprudencia nacional.

1. ¿Cuáles serían los elementos o características estructurales del instituto de Secreto en general, que se proyectan al Secreto bancario en particular? Mayoritariamente se ha sostenido, incluso en Italia, que lo son el *subjetivismo relativizado* (el secreto requiere de una actitud personal de principio del titular para dilucidar cuando un objeto está dotado del atributo de la reserva, condición naturalmente relativizada por la racionalidad, en atención a la naturaleza misma del objeto a que se refiere), *la actualidad* (no del acontecimiento sino del interés que concierne al titular), *la relevancia jurídica* (en el sentido de interés jurídicamente apreciable y relevante para el derecho) y *el relativismo* (la protección del secreto está condicionada a la voluntad de su titular y/o a la eventual notoriedad el hecho por causas ajenas a su voluntad). Esto es lo que sostuvo BAYARDO y la casi unánime doctrina de su tiempo ⁴.

Para la doctrina clásica los referidos cuatro elementos estructurales del secreto deben necesariamente concurrir para que la situación pueda revestir el carácter de tal. Si falta alguno de estos elementos estructurales decae automáticamente la virtualidad del secreto ⁵. Pero ésta no es precisamente la limitante más significativa de este elenco restrictivo de elementos estructurales del secreto. El problema principal que éstos suscitan radica en que estructurados tal como hemos visto no pueden de modo alguno funcionar como instrumentos efectivos de garantía. Sirven para definir de modo parcial y estático el contorno del instituto, enfatizando exclusivamente su vertiente de derecho al sigilo, pero no habilitan ninguna vía de defensa activa del mismo frente a eventuales ataques a los niveles tutelados de reserva.

2. Más recientemente, en base a ciertas reflexiones aisladas en la clásica obra de CRESPI ⁶ e incluso en la obra de VITELLI ⁷, nuestra doctrina y jurisprudencia ha reivindicado el reconocimiento de una quinta y fundamental característica del instituto del secreto: el *elemento estatutario*. Este elemento, en somera síntesis, consiste en que el secreto en general es un instituto bifronte, un verdadero esquema o estatuto de derecho-deber, que otorga a la vez, a su depositario el privilegio del sigilo, pero que también le impone el deber de accionar en su defensa. Esta tesis conlleva un claro carácter garantista al dotar a su depositario, ya no tan solo de la facultad de ampararse en el sigilo, sino de la concreta obligación (no una simple acción discrecional) de protegerlo activamente, recurriendo a

⁴ Idibidem p. 17 a 26

⁵ Conf BAYARDO “La tutela penal...” op cit ut supra p. 126.

⁶ CRESPI: “La tutela penale del segreto”, Bri, Palermo, 1952, p.33 y 41

⁷ VITELLI, Mario Andrea: “Tutela Penale e nozione moderna di segreto” *Il Fisco*, Roma-Milano, 1999, p.33.

todas aquellas vías procesales y recursos, a través las cuales esté en condiciones de concretar su más eficaz defensa. Esta concepción que tiende a reforzar más allá de la amenaza de severa pena por violación de la debida reserva, las garantías inherentes a un estatuto de sigilo constitucionalmente consagrado, ha recibido recientemente el respaldo de prestigiosa doctrina italiana ⁸.

3. Este elemento transforma la tutela del secreto en un esquema de garantías efectivamente cerrado y eficaz, en un estatuto de derecho-deber, que otorga a la vez al titular el privilegio del sigilo, pero que también le impone la obligación de accionar en su defensa, activando los instrumentos procesales pertinentes. El funcionamiento de este nuevo elemento de la estructura del secreto *latu sensu*, se puede materializar como instrumento de garantía en todas las variedades de secretos tuteladas legalmente (secreto profesional, secreto tributario, secreto comercial, etc.). Esta propuesta tendiente a racionalizar el instituto desde las entrañas de su dirección dogmática y a reforzar sus garantías, explicita todos sus alcances, al momento de analizar el secreto bancario, variedad del secreto profesional, autonomizada normativamente (artículo 25 del Decreto- Ley 15.322) ⁹.

Compartimos el criterio de MOCCIA en el sentido de que quien tiene un derecho a ejercer debe tener incuestionablemente legitimación para hacerlo valer en proceso ¹⁰.

Es evidente que debe existir una solución dogmática que permita conciliar los deberes de una y otra parte en ese aparente dilema, pues el cumplimiento de la ley en sus exactos términos, como generadora de derechos y deberes igualmente exigibles, no puede ser generador de responsabilidad de especie alguna. Esto conduce, reiteramos, a tres desarrollos medulares, cuya consideración pormenorizada excede los propósitos de esta consulta, pero configuran una ineludible estructura de garantías del secreto bancario nacional, ellos son: la legitimación activa corporativa del banco para defender el secreto del que es depositario en relación a la dogmática del desacato por desobediencia; los límites de la legitimación activa corporativa y, finalmente, los medios procesales por los que la institución financiera debería ensayar su oposición a resoluciones judiciales ilegítimas y vulneratorias del secreto bancario a tutelar.

III Cuales son los límites del Secreto bancario en el Uruguay aplicables al caso analizado?

⁸ LO MONTE, Elio: “Il sistema delle garanzie .I profili caratterizzati del segreto”, en obra colectiva “*I limiti e garanzie al potere dello Stato*” Gravina Ed., Napoli, 2005, p. 98 y ss; en el mismo sentido: CARPANI, Aldo: “La nuova tutela penale del segreto. Nozione e Garanzie”, Informe para XII Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo Internacional del ICEPS, Doc. BM/34/05- Nueva York, diciembre 2005, p. 12 y ss.

⁹ Decreto- Ley N° 15.322 del 17 de setiembre de 1982, Art. 25: “*Las empresas comprendidas en los artículos 1° y 2° de esta ley no podrán facilitar noticia alguna sobre los fondos o valores que tengan en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto, pertenecientes a persona física o jurídica determinada. Tampoco podrán dar a conocer informaciones confidenciales que reciban de sus clientes o sobre sus clientes. Las operaciones e informaciones referidas se encuentran amparadas por el secreto profesional, y sólo pueden ser reveladas por autorización expresa y por escrito del interesado o por resolución fundada de la Justicia Penal o de la Justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria y en todos los casos, sujeto a las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud. No se admitirá otra excepción que las establecidas en esta ley. Quienes incumplieren el deber establecido en este artículo, serán sancionados con tres meses de prisión a tres años de penitenciería*”.

¹⁰ MOCCIA, Sergio “La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale”, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 203 y ss.

1. Se ha dicho que hablar de secreto bancario es hablar de sus limitaciones⁽¹¹⁾. Nosotros, en base a los principios constitucionales e intradogmáticos fundamentales que deben orientar en todo caso al Derecho Penal y en particular a las características y connotaciones del instituto analizado, preferimos enfocar el tema desde la perspectiva de las garantías inherentes a sus limitaciones. En nuestro derecho el artículo 25 del Decreto-ley 15.322 enumera con bastante claridad dichas limitaciones y sus garantías originarias esenciales¹².

Otra surge del art. 15 del mismo Decreto ley 15.322¹³, a las que debe adicionarse aquellas emanadas de disposiciones vigentes del Código Penal y leyes especiales.¹⁴

Más recientemente se consagraron otras muchas excepciones vinculadas a las facultades del Banco de Previsión Social, (artículo 15 de la ley 17.963), Ley de Reforma Tributaria (arts. 50, 51. 54. 56. de la Ley No 18.083); atributos de agencias tributarias (art. 68 y 82 de ley 18.083); otras flexibilizaciones para permitir el intercambio de información con fines fiscales conforme Modelo OCDE (Ley 187118), Convenios bilaterales de intercambio de información tributaria, etc., pero el eje del instituto sigue radicando en sus límites originarios.

2. **Límites o excepciones al Secreto Bancario previstas en el art. 25 del Decreto ley No 15.322.**

2.1. Autorización expresa y por escrito del interesado.

2.2. Resolución fundada de la justicia penal o de la justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria.

Alcance del concepto fundamento o motivación judicial. Hemos expresado en trabajos académicos anteriores⁽¹⁵⁾ que, de acuerdo al artículo 25 del Decreto-ley No. 15.322 el hecho de que una institución financiera de las comprendidas en los arts. 1 y 2 del mismo Decreto-ley facilite cualquier tipo de noticia sobre fondos o valores de sus clientes o brinde información confidencial que reciba de sus clientes o sobre sus clientes es, en principio, **antijurídico y delictivo**, comprometiéndose en forma grave, no sólo la responsabilidad civil y administrativa de la institución infractora, sino la penal de sus representantes. Esta antijuridicidad decae por vía de estricta excepción, cuando el relevamiento del secreto bancario procede del titular (mediante autorización expresa y por escrito), de la autoridad bancocentralista (en el marco de

¹¹ MEYRE, Leon -Henri: "Le Secret Professionnel du banquier et ses limites" en Le Secret Bancaire et Professionnel, Études et Documents, 2da. Ed, Union Inernationale des Avocats, Belleville-Reneaux, París, 1989, p. 110.

¹² * Autorización expresa y por escrito del interesado.

* Resolución fundada de la justicia penal o de la justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria.

¹³ Las facultades de contralor del Banco Central del Uruguay sobre el Sistema Financiero Nacional.

¹⁴ * Obligación de denunciar delitos por parte de los funcionarios públicos (artículo 177 del Código Penal).

* Funcionarios internos de la propia institución intrínsecamente vinculados a la funcionalidad de la operación.

* Actividades judiciales conducentes a recuperar créditos.

* Hipótesis del artículo 23 de la ley 15.799 de 30.12.1985 en materia de arrendamientos urbanos.

* Artículo 290 de la ley 15.903 de noviembre de 1987 que otorga facultades de embargo a la red bancaria nacional a la Inspección General de Trabajo.

¹⁵ CERVINI, Raúl: "Curso de Cooperación Penal Internacional", Valenca, Rio de Janeiro, 1984, ICEPS, Carlos Alvarez Editores, Montevideo 1994 p. 56 y ss.; "Los Derechos Humanos como límite a ciertas instancias de Cooperación internacional," Anales del 5to. Curso Internacional de Ciencias Criminales Aplicadas, Edición de la Escuela de Leyes de la Universidad Estatal de Florida, Florida, 1993, p. 85 y ss.

las facultades de control y fiscalización que consagra el artículo 15 del mismo Decreto-ley) o por “*resolución fundada* de la justicia penal o de la justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria y en todos los casos sujeto a las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud”.

Pero, ¿cuál es el alcance que en un sistema democrático de derecho el legislador quiso darle a la expresión “fundamento”? Señala TARIGO ⁽¹⁶⁾ que gramáticamente fundado o fundada, participio pasivo del verbo fundar, es sinónimo de apoyar una cosa con razones eficaces, con seriedad, con formalidad. En su sentido natural y obvio, entonces, resolución fundada es aquella resolución que no se limita a disponer la realización de alguna cosa sino que además contiene las razones eficaces, serias y formales en que se basa.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo de España ha dicho en fallo considerado como un leading case que “La motivación (fundamentación) significa la exteriorización razonada de los criterios en los que se apoya la decisión judicial. Es decir, la exigencia de motivación se satisface cuando, implícita o explícitamente, se puede conocer el razonamiento, esto es, el conjunto de reflexiones que condujeron al Juez a tomar la decisión que tomó, incluidos los supuestos de conceptos jurídicos indeterminados” ⁽¹⁷⁾.

El gran jurista COUTURE, en su Vocabulario Jurídico, dice que por tal “fundamento” debe entenderse el “conjunto de motivos, razones o argumentos de hecho y especialmente de derecho en que se apoya una decisión judicial.” ⁽¹⁸⁾. Las referencias etimológicas de la voz del latín “fundamentum” aluden inequívocamente a la idea de razón o argumento sobre el cual se apoya algo. Por ello, una resolución puede calificarse como fundada sólo cuando se apoya en argumentos de hecho y de derecho.

Podría sostenerse que tal exigencia refiere exclusivamente a la construcción intelectual de la resolución sin que sea necesario que su texto explicita esos extremos que basamentan la misma. Esa sin duda no fue la idea del legislador, tal como surge de la lectura sistemática del artículo 25 del Decreto-Ley. Esta norma impone a las entidades financieras “las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud”, pero simultánea y correlativamente les otorga la carga y el derecho de conocer y examinar los extremos que fundan la resolución que salva su responsabilidad, estatuto de poder-deber sobre el cual se construye toda la moderna doctrina sobre el secreto bancario como expresión de la libertad.

La exigencia legal de que la resolución sea fundada sólo puede interpretarse en un sentido: darle al banco la visibilidad de las razones que precisamente permiten exonerar de responsabilidad civil y administrativa a la institución y, principalmente, de responsabilidad penal a sus representantes. Consecuentemente, la conducta prohibida sólo se vuelve legítima cuando se tiene conocimiento pleno de aquella causa que desvanece la antijuridicidad y ello a través del control sustancial del fundamento. Sin duda, todo el clima de confiabilidad

¹⁶ TARIGO, Enrique: “La Resolución Fundada que releva de guardar el secreto bancario y su control por parte de las instituciones financieras”, en obra colectiva “*Secreto bancario en el Uruguay organizado por la Cámara de Entidades Financieras*”, 2ª edición, FCU, Montevideo 1995, p. 84.

¹⁷ Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia del 18.06.1992, citada por SERRANO MAILLO, Alfonso: “Valor de las escuchas telefónicas como prueba en el sistema español. Nulidad de la prueba obtenida ilegalmente”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Publicación Oficial de Instituto brasileiro de Ciências Criminais, Ano 4, N° 15, julho-setembro, 1996, Editora Revista dos Tribunais, p. 15.

¹⁸ COUTURE, Eduardo J: “Vocabulario Jurídico” De Palma, Buenos Aires, 1986, p. 299.

imprescindible para la sobrevivencia de la plaza financiera corre el riesgo de desaparecer si se permite abrir los archivos de un banco bajo cualquier pretexto revestido de la toga formal de "fundamento" (¹⁹).

Las entidades financieras tienen el derecho y el deber de acceder y controlar la regularidad formal y sustancial del fundamento de la resolución. Ello no significa que se conviertan en jueces de alzada del fundamento, pero cierta y necesariamente en jueces de su propia conducta, en mérito a ser un sujeto procesal que inequívocamente puede sufrir gravamen irreparable (civil y penal) en caso de omitir su deber legal de control. Como afirman los finalistas, no basta con estar objetivamente en una causa de justificación, sino que es necesario, además, que se sea consciente de ello, no basta con una mera fundamentación formal sino que debe ser sustancial.

Por ello, las instituciones no pueden limitarse a comprobar en los Oficios judiciales la existencia meramente enunciativa de un "fundamento" sin que se exprese cuál es, sino que éste debe ser examinado con todo el rigor que imponen "las responsabilidades más estrictas" contenidas en la norma. De lo contrario, se desvirtúa la defensa de un derecho cuya carga reposa en todas y cada una de las entidades integrantes del sistema y un instituto como el secreto bancario reconocido como de orden público nacional e internacional en diversos proyectos de tratado y numerosa jurisprudencia nacional, se resolvería en las resultancias de un acertijo, consistente en determinar si la resolución anunciada como fundada tiene o no toda la estabilidad y confiabilidad basada en la reserva que quiso construir el legislador en todo el articulado del Decreto-ley. Por consiguiente, entendemos que al menos debe exigirse que los oficios judiciales que disponen relevamientos del secreto bancario sean acompañados por una fundamentación y ésta debe contener el silogismo mínimo elemental que la constituya en una causal idónea para excluir la antijuridicidad original de la conducta, vinculando la investigación de determinado delito o delitos o una situación de alimentos con la conducta de ciertas personas físicas o jurídicas (actuando por sus representantes).

Un paso más adelante, si bien no corresponde a las instituciones deudoras del deber de secreto adentrarse en las profundidades del mérito de la fundamentación, sí les es exigible que verifiquen al menos dos extremos. Que ésta, en primer lugar, exista y, en segundo, que la argumentación de sustento sea tal que en sí misma no denote la propia inexistencia de esa fundamentación legitimante. Este último caso puede a su vez proyectarse a través de dos vertientes: primera, cuando la misma resolución exhibe la incompetencia funcional de la sede para disponer el relevamiento y, segunda, cuando la aducida fundamentación es en sí misma "ictu oculi" inconducente, por insuficiencia, para cerrar el silogismo, como si se limitara a expresar por todo fundamento que éste existe, o se revelara manifiestamente absurda en cuanto su texto aportara "in continenti" la evidencia de que la sede actuante no se ocupa de un tema de alimentos, o en su caso que el hecho investigado no tiene ni siquiera apariencia delictiva. Como vemos se trata de un deber del banquero que trasciende el mero examen de la formalidad de la resolución, aunque esta misma deba también ser objeto de ese examen (por ejemplo que la resolución se haya librada en el folio de estilo o se encuentre firmada) (²⁰).

¹⁹ Cfr. SEVERIN, Louis W.: "Recent Developments in Relation to Bank Secrecy", Ladelt, Austin, 1990, p. 63, con especial referencia a la Sección 7 del Bankers Books (Evidence) Act; CAMPBELL, Dennis: "International Bank Secrecy", Gletmer Editors, Nueva York, 1999, p. 403.

²⁰ Sobre este punto in extenso, CERVINI, Raúl, CHAVES, Gastón: "Secreto Bancario y Ámbito de Legitimación Procesal de las Instituciones Financieras - Comentario de la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay Nro. 430/95", FCU- Montevideo, 1995, p. 124 y ss.

Consecuentemente a lo anterior, corresponde dar otro paso, vinculado a la naturaleza eminentemente recurrible de una resolución por lo general susceptible de acarrear un agravio irreparable.

IV Cuales son los requisitos para procesar un Relevamiento del Secreto Bancario solicitado por Juez Español a Juez rogado nacional en el marco de una investigación penal sustanciada en jurisdicción del primero?

1. Uruguay y en Reino de España de encuentran vinculados por cuatro instrumentos básicos: el más importante y precisamente aplicable al caso en consulta es el Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre Uruguay y el Reino de España Ley 17.020

También existen otros tres convenios bilaterales que pueden auxiliar como elementos interpretativos.²¹

2. El Tratado de marras no refiere expresamente al caso de relevamiento de secreto bancario vía Exhorto, pero sí menciona en su art. 21 otros tipo de medidas consideradas como asistencia penal de 2do grado (aquellas susceptibles de causar gravamen irreparable a los derechos de la parte concernida), registros, embargos, secuestros y entrega de bienes, existiendo consenso en la doctrina cooperacionista y ejemplo en múltiples Convenios bilaterales y multilaterales respecto de que justifican similar nivel de garantías que el relevamiento del secreto bancario. Prueba de ello es la exigencia de doble incriminación (exigencia de que el hecho investigado tenga carácter delictivo en ambas jurisdicciones, con más una clara semejanza en la construcción típica y régimen concursal) establecida en el art. 1ero numeral 2 de Tratado. Norma similar a la contenida en los Tratados de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal firmados entre Uruguay-EEUU, Uruguay-Brasil- Protocolo del Mercosur, Convenio OEA, acuerdos, en los cuales se incluye a texto expreso el relevamiento del secreto bancario entre las medidas de cooperación de 2do grado.
3. A esta altura debe hacerse un acercamiento sumario al Principio de Gradualidad. Toda medida de CJPI lleva implícita, de algún modo, la intromisión de un orden jurídico (requirente) dentro de otro (requerido) y una afectación de derechos patrimoniales y personales cuya medida y gravosidad dependerá, en primer lugar, de la naturaleza procesal de la medida de asistencia solicitada y en segundo lugar, de la duración de su coercibilidad.

Esta característica multiforme (en su espectro) y polifuncional (respecto del proceso), propia de las medidas de CJPI, pone de manifiesto la existencia de niveles o grados en las mismas, afirma Mouso.²²

²¹ **Ley 18928 (Texto Internacional)** - Convenio sobre traslado de personas condenadas entre la República Oriental del Uruguay y el Reino de España.

Ley 17354 (Texto Internacional) - Acuerdo de cooperación en materia de prevención del uso indebido y la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Ley 16799 (Texto Internacional) - tratado de extradición entre la República Oriental del Uruguay y el Reino de España.

²² MOUSO, Paulo:. Cooperación judicial. inter-etática, en Revista Colombiana de Derecho Procesal Penal, año III, Vol 02, Editores Beltrami SA, Bogotá, 1990, p. 31.

En atención a ello el Reino de España y Uruguay, optaron por separar el disciplinamiento convencional de la extradición, del de la Cooperación Judicial Penal Internacional. Debemos concluir que el Tratado de Asistencia Judicial Penal sólo refiere a asistencia de primer y segundo grado. Ocupándose del 3er grado de asistencia (extradición) en un Acuerdo independiente, al cual ya hemos hecho referencia.

El primer grado comprende a las medidas de asistencia de mero trámite (notificaciones) y las medidas meramente procedimentales o instructorias.

El segundo grado abarca aquellas medidas de CJPI susceptibles de causar gravamen irreparable en los bienes de las personas, entre ellas precisamente el relevamiento de secreto bancario, los registros, embargos, secuestros, algún otro tipo de interdicción y entrega de cualquier bien.

Ese abanico de formas de CJPI “excluye por su propia diversidad la aplicación de iguales requisitos”, señala agudamente Paulo Mouso.²³ Esto es lo que modernamente se denomina como Principio de la gradualidad. Así, por ejemplo, la doble incriminación no aparece como una exigencia necesaria tratándose de medidas de asistencia procedimental de primer nivel, en atención a su localización dentro del proceso y ausencia de perjuicio. En cambio, a nuestro modo de ver, corresponde la exigencia de doble incriminación en el caso de los pedidos de CJPI de segundo nivel (registros, embargos, bloqueos, confiscaciones etc.) *susceptibles de ocasionar gravamen irreparable en la esfera de los derechos patrimoniales del concernido*. Este criterio fue precisamente el acogido en las Resoluciones correspondientes a la Sec, IV (Derecho Internacional) durante el XVI Congreso Internacional de Derecho Penal de AIDP, celebrado en Budapest.²⁴

4. El Tratado de Asistencia Judicial Penal reconoce que este tipo de medidas – de 1er y 2do grado-se cumplirán conforme a la *lex fori*, o sea a la legislación del Estado Exhortado en cooperación.

Textualmente el art. 22- 1 in fine: “... *dicha medida se someterá a la ley procesal y sustantiva del Estado requerido*”. Igual principio recoge el art. 7 numera 1 “*las solicitudes se cumplirán de conformidad con la ley del estado requerido....*” el art. 16 numeral lero y otras normas.

5. Consecuentemente la Rogatoria de la Justicia de España a efectos de que se tome declaración a una persona en sede judicial uruguaya, deberá ingresar a través de la Autoridad Central del Estado rogado . Es la entidad encargada del envío y recepción de las solicitudes. (art. 3 del Tratado), el art. 4 reafirma que “*..la asistencia de que trata el presente Tratado se prestará a través de las respectivas Autoridades Centrales de las Partes*”. Si perjuicio de ello el Juez rogante deberá cumplir con todos los requisitos de forma y contenido que establece el art. 6 del Tratado. También deberá adjuntarse fotocopia

²³ MOUSO, Paulo: Cooperación judicial..., op. cit., p. 36.

²⁴ AIDP (Association Internationale de Droit Penal): Letre d’information, 1999/2, p. 105. En esa oportunidad se expresó: “Debe mantenerse la exigencia de la doble incriminación como condición para la extradición. Debería abandonarse esa exigencia en otro casos de asistencia, siempre y cuando la misma no suponga la adopción de medidas coercitivas o de medidas que puedan llevar a una afectación de los Derechos Humanos o restricción de las libertades fundamentales” (Sec. IV.D.1)

autenticada de las actuaciones fundamentales realizadas en su jurisdicción, que justifiquen la pertinencia y necesidad del testimonio requerido. Las mismas serán relevantes a efectos de que el Juez Nacional pueda disponer por resolución fundada y bajo su responsabilidad el relevamiento del Secreto bancario del concernido.

6. El Secreto Bancario Uruguayo ha sido caracterizado por la jurisprudencia- particular mención justifica la Sentencia 430 de la Suprema Corte de Justicia- entre aquellos pocos institutos integrantes del Orden público nacional e Internacional del País, es decir, aquellos sobre los cuales el estado asienta su individualidad jurídica. Respecto de los mismos el magistrado nacional es custodio natural bajo estricta responsabilidad. Por tal motivo, no existe la posibilidad de “retoma de fundamentos” vertidos por el juez exhortante. Por el contrario, será el Juez nacional competente el encargado de fundar o motivar conforme a derecho la resolución relevatoria del Secreto Bancario, en atención a los elementos que el juez exhortante pone a su disposición

Confirma este criterio el Maestro TARIGO:

“..... en su decisión fundada (el Juez uruguayo), además de poder apoyarse en los elementos de convicción que hayan alegado y, aún que hayan aportado las partes al formular su petición, tendrá detrás de sí el conjunto de los elementos probatorios resultantes del proceso penal del que el Juez está conociendo.”

“En cambio, la solicitud del Juez extranjero se compondrá, en principio, de la solicitud misma, con más, naturalmente, los fundamentos en que ella se ha apoyado. Pero no será suficiente, en mi opinión, la mera alegación, la resolución misma; será necesaria, también, la aportación de los elementos de convicción existentes en el proceso penal extranjero y que el Juez que está en conocimiento de tal proceso deberá hacer llegar al Juez uruguayo en facsímil debidamente autenticado y legalizado. Solamente así, el Juez uruguayo podrá dictar una resolución fundada, esto es, fundada por él y en base a su propio convencimiento.”

“La resolución fundada del Juez uruguayo no puede resultar algo así como una mera homologación de la resolución, aun cuando ésta sea fundada, del Juez extranjero”

“Si el artículo 25 se refiere a la Justicia Penal uruguaya y a la resolución fundada del Juez, obviamente se está refiriendo a la resolución fundada por el Juez uruguayo y no a la mera transmisión, a través del Juez uruguayo, de una resolución, aun siendo fundada, del Juez extranjero.”

“Dicho de otro modo: la función del Juez uruguayo no es la de un trasmisor o un notificador de resoluciones ajenas; la función del Juez uruguayo es la de juzgar, la de ejercer, aún en este aspecto, su función jurisdiccional.” “La existencia de la resolución fundada presupone, sin duda posible, el convencimiento del Juez de la necesidad, la utilidad y la conveniencia del requerimiento de información que en ella se concreta.”²⁵

²⁵ TARIGO, Enrique: La resolución fundada que releva de guardar el Secreto Bancario y su control por parte de las instituciones financieras, en obra colectiva *Secreto Bancario en el Uruguay. Panel sobre el Secreto Bancario en el Uruguay organizado por la Cámara de instituciones Financieras el 9 de noviembre de 1994* – Fundación de Cultura Universitaria – 2ª Edición Actualizada y Ampliada FCU y CEF, Montevideo, Agosto de 1996.,p. 82. En el mismo sentido OPERTTI BADAM, Didier: El Secreto Bancario y actuación del Poder Judicial, en el marco de los instrumentos de Cooperación Penal Internacional en obra colectiva *Secreto Bancario en el Uruguay, cit ut supra* agrega: *“Vale decir, para decirlo de un modo más claro, este Decreto-Ley constituiría una norma de policía en*

De los textos y doctrina mencionada y a la propia designación de Orden Público Internacional del Secreto bancario uruguayo el magistrado extranjero rogante no está legitimado para relevar directamente dentro de su jurisdicción y por su solo imperium el secreto bancario sediado en Uruguay. Tampoco el Juez nacional- responsable de la tutela jurisdiccional- podrá realizar una “traspolación”, “retoma” o “mera homologación” de un irrelevante fundamento elaborado fuera de su jurisdicción, conforme a derecho extranjero y por un Magistrado sin competencia en el fuero interno. Menos aún podrá prescindir del requisito del fundamento basado en la presunta claridad de la descripción fáctica, hipótesis doblemente inadmisibles en el caso, tomando en cuenta las insuficiencias y falta de respaldo documental, inconsistencias y dudas que surgen del propio texto del Exhorto.²⁶

- 7) Cumplidos todos los requisitos de forma y contenido, constatada la existencia de resolución fundada del magistrado nacional, el concernido por la medida, asistido de abogado, podrá declarar legítimamente identificando el beneficiario final u otros detalles de operaciones objeto de la medida de asistencia penal internacional. Cumplidas las formalidades del caso, el Exhorto será devuelto por medio de la Autoridad Central del Ministerio de educación y Cultura.

Raúl Cervini

Catedrático y Directos del Departamento del Derecho Penal UCUDAL
Prof Agregado G4 UDELAR

materia de secreto bancario, norma por lo tanto imperativa, norma no eludible por las partes cualquiera sea el origen de la decisión involucrada –y en esto coincido totalmente con el Prof. Tarigo cuando hace unos minutos señalaba que el juez uruguayo no se limitará a la homologación de la decisión extranjera-, sino que el juez uruguayo será a su vez responsable de una decisión fundada propia. Esto yo lo identifico con una palabra que hace un poco a la terminología más frecuente en el derecho internacional contemporáneo, que es la no automaticidad de la resolución jurisdiccional extranjera; no hay automaticidad de la decisión extranjera que ordena o conlleva el levantamiento del secreto bancario”, p.94.

²⁶ Sobre el tema in extenso, CERVINI, Raúl: Uruguayan Bank Secrecy- Regulation, en obra colectiva *Recent developments in relation to Bank Secrecy*, Copilador Louis W. Severin, Editt. Ladelt, Austin, agosto 1990; CERVINI, Raúl y ADRIASOLA, Gabriel: Relaciones peligrosas: Secreto Bancario, Fisco y Cooperación Internacional, B&F Editores, Buenos Aires-Montevideo, marzo 2006 y CERVINI, Raúl y ADRIASOLA, Gabriel: Secreto Bancario y la evasión fiscal internacional, B & F Editores, Montevideo- Buenos Aires, enero 2013.