

EL FUNDAMENTO DEL SECRETO BANCARIO

Raúl Cervini¹

Contribución inédita para libro homenaje

1. PRELIMINARES

Los trabajos doctrinarios orientados a una hipotética búsqueda del fundamento del secreto bancario han constituido a la largo de la historia, un esfuerzo dogmático muy indicativo del juego de intereses sobre los cuales el funcionamiento de dicho instituto reposa. Un sector de posiciones reflejará la inicial predisposición a ubicar su existencia y proyección a partir de lo privado. Posteriormente las orientaciones doctrinarias reflejarán el reconocimiento de que el secreto bancario se vincula a la esencia de los derechos inherentes a la persona, pero también interesa y debe interesar su protección al ámbito del Orden Público. Para el Estado Democrático de Derecho, la protección las libertades consagradas constitucionalmente, entre ellas, la intimidad, constituye un pilar de su propia legitimidad como tal.

El hecho de que este tema haya constituido una de las áreas más controvertidas del secreto bancario a nivel internacional debe atribuirse a múltiples factores. Es evidente que no obstante el general reconocimiento a nivel doctrinario y jurisprudencial de la obligación jurídica del banquero a mantener reserva de las operaciones de sus clientes, muchas legislaciones ha omitido formular una regulación expresa del instituto. El derecho comparado se ha encargado de demostrar que ese no es el camino más acertado. La posibilidad de un análisis técnico responsable de sus principios y alcances, impone su claro y previo delineamiento jurídico.

Es evidente que los variados intereses que giran en torno al secreto bancario han contribuido muchas veces a postergar su clarificación normativa. Los clientes, que pretenden ver inalterados sus secretos, exigiendo a sus confidentes necesarios, los banqueros que los mantengan en su calidad de tales a los ojos de los demás. El Estado, que hasta finales del siglo XIX, sólo percibía la realidad en función de sus cometidos de interés público, concebidos como antitéticos con la perspectiva de los particulares.

En ese marco de inicial falta de consolidación normativa del secreto bancario como señala VERGARA BLANCO², la doctrina se empeñó en esfuerzos de argumentación de muy diversa

¹ Profesor Agregado (G 4) de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Catedrático y Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Católica del Uruguay.

² VERGARA BLANCO, Alejandro: "El Secreto Bancario. Sobre su fundamento, legislación y jurisprudencia". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.

índole normalmente inocuos y desencaminados ha elaborado argumentos muy diferenciados unos de otros.

2. LAS DIFERENTES POSICIONES DOCTRINALES HISTÓRICAS

2.1 Introducción. En los siguientes párrafos procuraremos esbozar los parámetros esenciales de las principales posiciones desarrolladas hasta la fecha. Plantearemos la exposición partiendo de las concepciones radicalmente privatistas, para llegar a una visión compatible con el actual compromiso y proyección del Estado Democrático Social de Derecho

2.2 Fundamento del secreto bancario en el uso o costumbre jurídicamente relevante.

2.2.1 La tesis. Ha expresado MOLLE que históricamente, desde la propia gestación del fenómeno del préstamo dinerario formal en los antiguos Estados Italianos y aún antes, el secreto ha representado una constante de la actividad bancaria y pe-bancaria, encontrando su fundamento "en un uso tradicional y universalmente observado por la banca de mantener reserva sobre los negocios del cliente frente a terceros ajenos a la relación trabada entre el ente financiero y su cliente". Agrega que una meticulosa pesquisa sobre los estatutos de los bancos, que contemplan desde hace siglos el respeto de la reserva, parece indicar que estas cláusulas estatutarias se han originado en el uso que obliga a la banca al secreto, el cual, por tanto, "...ha terminado por constituirse en algo habitual y ha conquistado carácter de costumbre jurídica, en cuanto aparece como el fruto de efectiva observancia de una norma tácitamente puesta por la voluntad colectiva."³

Esta posición ha tenido buena aceptación en parte de la doctrina italiana, principalmente en la década del 70; siendo acogida en fallo de la Corte di Cassazione Italiana,⁴. Esta misma doctrina siguió la Corte Suprema de Chile, en 1981, antes de la consagración legal explícita del secreto bancario (1986), señalando que el secreto bancario estaba sancionado por la costumbre comercial.

Debe resaltarse desde ya que la lectura atenta del citado fallo de la Corte di Cassazione Italiana pone de manifiesto que el mismo se refiere a la fuente del secreto bancario y no a su fundamento. Esta disquisición no es superflua, ya que hasta épocas bastante recientes la doctrina italiana y extranjera no percibió este fundamental matiz jurídico.⁵ Volveremos sobre el tema al final de este apartado.

³ MOLLE, G., "I contratti bancari", Milán, Giuffré Editora, 1966, p. 65.

⁴ El fallo de la Corte di Cassazione Italiana, tiene fecha 18 de julio de 1974. Puede consultarse en *Rivista Banca, borsa e titoli di crédito* (1974), p. 385 ss. También fue publicada en *II Foro Italiano*, XCVIII (1975), 2, 1, C. 1451 SS..

Concluye el citado MOLLE, que finalmente, la obligación al secreto pasa a ser parte integrante de la relación banca-cliente por vía de integración, ex artículo 1374 del Código Civil, al tenor del cual "el contrato obliga a las partes no sólo a cuanto en el mismo se expresa, sino también a todas las consecuencias que se derivan según la ley, o, en su caso, según el uso y la equidad.". Como resultado de ello, “ por el solo hecho del establecimiento de una relación contractual entre la banca y un cliente, el contenido convencional queda integrado por el uso, en el sentido de que, en su virtud, la banca quedaría sometida a respetar la reserva de toda noticia inherente al contrato contraído con el cliente y de las operaciones sucesivas que se realicen en ejecución del contrato mismo.”⁶.

Agrega SANTINI que la violación de tal regla de conducta, mediante revelación de datos o noticias inherentes al cliente y que debieran permanecer reservados, se encontraría sancionada en vía principal y directa por el artículo 2043 del Código Civil italiano.⁷ A su juicio debe distinguirse claramente la hipótesis de violación de secretos atinentes a la relación contractual, con responsabilidad contractual de la banca, de aquella divulgación de noticias reservadas, confiadas a la banca durante la formación del contrato, aun inconcluso en que se configurará una responsabilidad extracontractual.⁸

En España, BARRERAS YAÑEZ ⁹ y fundamentalmente GARRIGUES, también trabajaron, en su momento, teorías que asentaban el fundamento del secreto bancario en el uso mercantil o en la costumbre profesional. Expresa el citado GARRIGUES¹⁰ que el fundamento del uso bancario sobre la reserva debe buscarse en la naturaleza del contrato bancario como una relación de confianza, para lo cual, da base el derecho positivo. Agrega que el contrato bancario debe interpretarse y ejecutarse, de acuerdo con el artículo 57 del Código de Comercio, según la buena fe; y, por su parte, el artículo 1258 del Código Civil señala que el contrato obliga no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las demás consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Concluye el citado publicista: "de la

⁵ LORIENTE, Marco Tulio: “ Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in tema di segreto bancario”, Berligi Editore, Turín, 2001, p. 34.)

⁶ MOLLE, G: “I contratti” (n. 33), op. cit. ut supra, p. 66; Conf: SANTINI, G.,: “Note sul Segreto bancario”, en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, III (1949), ps. 657 y ss.

⁷ SANTINI, G.,: “Notte sul Segreto bancario” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, III, Milano 1949. pág. 659.

⁸ Idibidem, p. 659; MOLLE, “I contratti i...”, op. cit., ut supra, p. 66;

⁹ BARRERAS YAÑEZ, Alvaro: “ Fundamento del secreto de la banca”, en *Revue D'organisation Économique et Bancaire*, Vol. V, 1950, Berna.

¹⁰ GARRIGUES, Joaquín: “ La operación bancaria y el contrato bancario (parágrafo sobre "el secreto bancario)", en *Revista de Derecho Mercantil*, 66 (1957), p. 271 ss..

combinación de estos preceptos legales podemos, sin esfuerzo, llegar a la conclusión de que es conforme a la buena fe y al uso en el contrato bancario el deber de observar el secreto, y que este deber de elemento de interpretación se ha ido elevando poco a poco a la categoría de uso mercantil interpretativo".¹¹

2.2.2 Críticas a la tesis que fundamenta el secreto bancario en el uso o costumbre.

Confinar el secreto bancario al ámbito del derecho privado violenta abiertamente la evolución del uso y de las exigencias sociales, y contradice los propios intereses privados de los clientes, dice CENTRONE¹². A su juicio se impone "la necesidad de abandonar el terreno privado, por la insuficiencia del criterio señalado, y fundar sobre un plano público la obligación jurídica del secreto bancario".¹³

Recurrir al uso o la costumbre para afirmar la existencia de un instituto con caracteres de juridicidad, en tanto es consentida y no sea posible encontrarla en el ordenamiento positivo, no es técnicamente correcto. La costumbre, en el sistema actual de las fuentes del derecho, afirma DI AMATO, se encuentra en posición subordinada respecto de la ley que constituye el "único modo consciente y formal de producción del derecho. Las leyes son las únicas construcciones formales dotadas de un real contenido normativo...". "...la referida subordinación implicaría un principio de absoluta preferencia de la ley respecto de la costumbre, cuyo ámbito de aplicación dependería, entonces, exclusivamente del área no ocupada por las fuentes escritas".¹⁴

Otros autores han remarcado una intrínseca insuficiencia de esta tesis, ya que, por su propia formulación, no se preocupa de precisar el objeto o el límite del comportamiento impuesto por el uso, ignora asimismo la esfera normativa de eficacia y su límite de aplicación.

Por último, creemos que no es correcto recurrir al uso para fundamentar el secreto bancario, ya que ello significa confundirlo con su naturaleza jurídica, y ambas son cuestiones diferentes. La naturaleza jurídica de la institución tiene relación con su forma de manifestarse éste ante la vida jurídica., hace a la ubicación tuitiva del instituto en el ámbito del derecho. Su fuente podrá ser legal, consuetudinaria, o, incluso, contractual. Justificar el secreto bancario significa buscar el fundamento de la obligación de guardar los secretos de los clientes por parte de los bancos; dónde se origina y el porqué de esta obligación. En tal sentido se debe interpretar la citada sentencia de la Corte de Cassazione, la cual se ha referido -sin confundir cuestiones- a la

¹¹ GARRIGUES, Joaquín, "Contratos Bancarios", Madrid 1958, p. 52.

¹² CENTRONE, Cosimo: "Appunti sulla tutela penale del segreto bancario", en *Archivio Penale*, XXX, 1974, 1, p. 21.

¹³ *Ibidem*, p. 22

¹⁴ DI AMATO, Astolfo, "Il segreto bancario" Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1979, p. 13; "Il Segreto Bancario nella prospettiva costituzionale", RASS, Diritto Civile, 1983, p. 963 y ss.

fuerente del secreto bancario, y no a su fundamento, como con frecuencia lo ha hecho la doctrina hasta épocas relativamente recientes.¹⁵

2.3 Fundamento en las declaraciones internacionales de principios de las asociaciones bancarias nacionales e internacionales.

2.3.1. La tesis. Esta teorización de origen corporativo se encuentra muy vinculada a la doctrina del uso y la costumbre ya analizada.

Originalmente fue el suizo GILDER¹⁶ quien en 1944 sostuvo que el secreto bancario encontraba su "fundamento legitimante internacional", en las Declaraciones de Principios de la antigua Federación de la Banca Helvética de 26 de junio de 1932. En dicha Declaración las instituciones federadas proclamaron que "la reserva sobre las actividades y operaciones concertadas con los clientes constituyen un deber inherente al correcto servicio de la banca". Este pronunciamiento fue confirmado en las Declaraciones de Berna de 1940, de Principios de la Banca Privada Suiza de mayo de 1943, y numerosos pronunciamientos de principios éticos y profesionales posteriores.

Más recientemente FOUGIN y RENARD, también publicistas suizos, volvieron sobre el tema pero intentando ampliar sus horizontes, fundando la vigencia del secreto bancario en pronunciamientos privados multilaterales de la Asociación Internacional de Bancos (mayo 1960 y febrero 1965, etc) e incluso en unas conclusiones generales emanadas del XX Congreso de la Asociación Internacional de Seguridad Bancaria (diciembre del 2000)¹⁷.

2.3.2 Críticas a la fundamentación del secreto bancario en declaraciones corporativas bancarias nacionales e internacionales. Nuevamente nos encontramos con sectores doctrinarios que confunden la fuente con el fundamento, en el caso, el equívoco redimensiona su importancia en virtud a que se acude, exclusivamente, a fuentes de origen corporativo privado.

El secreto bancario encuentra sus fundamentos mucho más allá de los enunciados corporativos. Se vincula a un nivel de reserva inherente a la persona humana como tal. El secreto

¹⁵ Así, NOGUEROLAS PEIRO, Nicolás: "La intimidad económica en la doctrina del Tribunal Constitucional" en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 56, 1986, p. 580, sigue confundiendo el problema de las fuentes con el fundamento; en el mismo sentido PATERNITI, Carlo: "Conferme e parziali novità in tema di segreto bancario", en *L'indice Penale*, 1983.

¹⁶ GILDER, Charles: " Le secret bancaire. en droit privé", Dinel Press, Berna, 1944, citado por AUBERT, Maurice: " Le Secret Bancaire suisse. Portée Générale et évolution récente", Doc.ICEPS. 392?93, Nueva York, 1993.

¹⁷ FOUGIN, y RENARD, V: "Secret bancaire. Documents", Edit. Hassser, Berna, 1994).

bancario trasciende a los intereses de los terceros particulares. Como veremos es una expresión medular la configuración contemporánea de la esfera de la intimidad, por ende, una manifestación relevante de la libertad.

2.4 Fundamento convencional del secreto bancario.

2.4.1 La tesis. Es momento de abordar la concepción, desarrollada básicamente en Alemania, conforme a la cual, en ausencia de un fundamento normativo, el secreto bancario se funda en la voluntad de las partes, en su carácter convencional.

Así, SICHTERMANN ha señalado que la base de apoyo del secreto bancario, como concepto jurídico, es el contrato bancario, de derecho privado, el cual debe implicar expresamente al secreto como un deber accesorio. Observa este autor que la relación jurídica que conlleva el contrato es una relación de confianza, de lo que surge que "la obligación de la banca al mantenimiento del secreto constituye una necesaria manifestación accesorio".¹⁸ La inobservancia de la obligación contractual al secreto comportaría, el resarcimiento del daño por parte del banquero que lo haya violado. Agrega que "el secreto debe ser respetado, incluso sobre el contenido de la relación contractual desarrollada entre la banca y el cliente, sobre la base del principio de la culpa *in contrahendo*".¹⁹

Igualmente HAMITH y SCHEER, también conciben el secreto bancario como un deber accesorio del contrato banco-cliente, sobre la base de la voluntad del cliente manifestada explícita o implícitamente, ya , al decir de SCHEER "entre los legítimos deseos del cliente figura, en primer lugar, el del secreto de la situación patrimonial y de sus negocios, sobre los cuales está obligado a conceder un derecho de inspección, cuyo conocimiento le confía en su calidad de consejero.." Se trata de una "obligación que le incumbe al banquero, ya que él está obligado no solamente por todo lo que ha prometido expresamente en el contrato con su cliente, sino obligado además a comportarse -en virtud de lo dispuesto por el Código Civil y el Código de Comercio- del modo como debe comportarse todo buen banquero según la costumbre y la buena fe".²⁰

¹⁸ SICHTERMANN, cit. por MORERA, Renzo, "Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali germanici in tema di segreto bancario", en *Banca, borsa e titoli di crédito*, XXVIII, 1965, p. 275 y ss.

¹⁹ Idibidem, cit. por MORERA, op. cit. ut. supra, p. 281.

²⁰ HAMITZ, G. y SCHEER, J. , citados por JIMÉNEZ de PARGA:, Rafael: " El secreto bancario en el derecho español", en *Revista de Derecho Mercantil*, XLVI, 113, 1969, pp. 393 y 399. En el mismo sentido GARRIGUES, Joaquín: " La operación bancaria y el contrato bancario", op. cit. ut. supra, acude también a la base contractual para interpretar que en los contratos aun en forma implícita, estaría integrado un uso tradicionalmente respetado, como el secreto de las operaciones de los clientes.

Nos recuerda FLECK MOYANO que también en Inglaterra, en base a un clásico precedente referido al derecho bancario y a la protección de la reserva del cliente- el caso *Tournier vs. National Provincial Bank*- se llegó a establecer al secreto bancario como una obligación contenida en el contrato por una cláusula implícita, situación que configura una *confidential relationship* existente entre bancos y clientes.²¹

2.4.2 Críticas a la tesis del fundamento convencional del secreto bancario. Para numerosos autores resulta insuficiente esta tesis que fundamenta el secreto bancario en la voluntad de las partes, principalmente en atención al subterfugio del acuerdo implícito.²²

Más relevante aún es el hecho de que en esta orientación se está también confundiendo el tema del fundamento del secreto bancario con uno muy distinto como es el de las fuentes.

Agrega el citado JIMENEZ de PARGA "con esta concepción se está también eludiendo el problema capital, cual es determinar concretamente el punto de apoyo sustantivo de la conducta que se le exige al banco de guardar silencio o secreto".²³

2.5 Fundamento del secreto bancario en la correcta ejecución del contrato y en la buena fe.

2.5.1 La tesis. Otra corriente de pensamiento ha pretendido encontrar el fundamento del secreto bancario en el deber de corrección y de la buena fe de las partes durante la ejecución de los contratos.

El exponente más lúcido de esta posición ha sido el citado DI AMATO quien ha aportado importantes argumentos en su elaboración doctrinal.²⁴ A su juicio, el interés directamente protegido por el instituto es el del cliente a la reserva de sus propios negocios. El secreto -se dice- constituye "un instrumento previsto por el ordenamiento para impedir injerencias externas limitativas de la libertad del titular" y precisamente el secreto bancario contribuye, en particular, a realizar "el derecho del individuo a ser el arbitro, salvo eventual obligación de la ley de

²¹ FLECK MOYANO, Patricia Luján: "European Community Bank Secrecy", Informe Melbure Superior Institute, en *Business Law* (International), London, 1999., p. 12.

²² Idibidem, p. 12.

²³ JIMÉNEZ de PARGA:, Rafael: " El secreto bancario en el derecho español", en *Revista de Derecho Mercantil*, XLVI, 113, 1969, p. 397.

²⁴ Di AMATO, Astolfo, "Il segreto...", op. cit., ut.supra, p. 139 y ss. En la misma orientación: BERTONI, Raffaele: " Il segreto bancario: un recente libro e un tema di attualita," en: *Cassazione Pénale*, Massimario 1980, pp. 1665-1666; y KROGH, Massimo, "Uno studio su un tema di grande attualita: il segreto bancario," en: *Giurisprudertza di mérito* 1980, pp. 745-746.

establecer si divulga, comunica o entrega noticias a terceros, resguardando su propia esfera patrimonial".²⁵

Los partidarios a esta tesis encuentran esta garantía en la fuente contractual de la relación banco-cliente, en lo que denomina el deber de corrección (*correttezza*) y de buena fe (*buona fede*), con base normativa en los artículos 1175 y 1375 del Código Civile, disposiciones legales que se refieren a tales deberes de los co-contratantes.²⁶ Consecuentemente la obligación de la banca al secreto, por tanto, "debe ser considerada como una especificación y un aspecto de aquella obligación de *correttezza*, en cuanto límite a la autonomía individual en que los contratantes deben procurar en forma diligente conservar íntegra la esfera jurídica de la otra parte."²⁷

Así concebido, el secreto bancario se reduce a un instrumento de tutela de las reservas del cliente de la banca, en orden a la propia actividad patrimonial. Se afirma que así como el contrato entre la banca y el cliente pone a la banca en condición de conocer noticias detalladas acerca de un sector delicado de la esfera privada del cliente, como lo es el económico, la consecuencia sobre el plano jurídico será el deber de corrección obliga a la banca al secreto sobre la noticia enseñada por el cliente, como consecuencia de un norma primaria de *correttezza* ínsita en toda la contratación bancaria.

2.5.2 Críticas a la tesis que funda el secreto bancario en la correcta ejecución del contrato y en la buena fe. Preliminarmente debe enfatizarse que esta tesis confunde el fundamento con la ejecución de la obligación por parte del banquero, las que configuran entidades totalmente diversas. Entendemos con CENTRONE que esta tesis, pese a su afinada concepción jurídica, padece la misma insuficiencia que la anterior, en cuanto concentra la búsqueda del fundamento del secreto bancario exclusivamente en el terreno privado,²⁸ crítica que naturalmente compartimos con la salvedad antes citada, ante la evidencia de que el secreto bancario, por su importancia, consagración social y progresivo reconocimiento normativo, está teñido de elementos de orden público. Ya veremos más adelante que sólo mediante una redefinición integrada del secreto, conjugando los intereses de la esfera pública con sus elementos privados, estaremos en condiciones de visualizar su verdadera dirección dogmática.

²⁵ Cfr. KOSTORIS, Sergio, "Il segreto come oggetto della tutela penale", CEDAM, Papua, 1964, p. 18.

²⁶ Tales disposiciones legales rezan: Art. 1175: Comportamiento según la corrección. El deudor y el acreedor deben comportarse según la regla de la corrección, en relación al principio de la solidaridad corporativa. Art. 1375: Ejecución de buena fe. El contrato debe ser ejecutado conforme a la buena fe.

²⁷ DI AMATO, Astolfo, "Il segreto bancario", op. cit., ut. supra, p. 55.

²⁸ CENTRONE, Cosimo: "Appunti sulla Tutela penale..." cit. ut. supra, p. 22.

2.6 Fundamento del secreto bancario en la protección a la actividad bancaria.

2.6.1 La tesis. Otro segmento de la doctrina comparada, además de propugnar la consagración de un sustento normativo explícito del secreto bancario, han justificado esa necesidad en la tutela que el legislador -a su entender- debe prestar a la actividad bancaria, entendida como pilar del desarrollo económico nacional e internacional.

Independientemente de otras consideraciones teóricas, es evidente que existe una vinculación entre la consolidación de un confiable secreto bancario y el desenvolvimiento del sistema económico, ya que -como ha expresado la Asociación Internacional de Seguridad Bancaria, “el secreto bancario constituye un pilar para el desarrollo sostenido de la economía contemporánea. Ante signos de creciente inestabilidad política que trasciende a los mercados financieros, un secreto bancario consolidado y responsable, refuerza la confianza de la clientela en las instituciones de crédito y ello asegura un notorio incremento de depósitos, un volumen sostenido de negocios, y, en definitiva, una afluencia vigorosa de capitales hacia las plazas financieras que ofrecen tal garantía a la intimidad financiera, que, de no existir, emigrarían hacia países que ofrezcan este tipo de seguridades”.²⁹

En el ámbito doctrinario italiano esta tesis ha recibido amplio apoyo. En especial el publicista RUTA ha señalado en varias obras que la protección legislativa del secreto bancario más que una finalidad de orden privado, responde a una finalidad de orden público de protección del sistema crediticio y en último término de la economía nacional”.³⁰ En sus primeros aportes al tema había enfatizado “ el instituto del secreto bancario es esencial para el correcto ejercicio de la actividad bancaria, es más, en hipótesis, de que el mismo fuera abolido por vía general, esto comportaría una reducción en el giro de negocios de la hacienda de crédito, una disminución de los depósitos, una masiva exportación de capitales a otros países en los cuales el secreto fuese tutelado, y una disminución de afluencia de capitales en el país, con la ulterior consecuencia de dañar la economía nacional y de frustrar la finalidad que el Estado se ha propuesto de tutelar la recogida del ahorro y el ejercicio del crédito”, concluyendo, por estas razones, que el secreto bancario resulta ser un “Instituto esencial para el correcto ejercicio de la actividad bancaria”.³¹

Más allá de estas aseveraciones generales, normalmente compartidas entre sus colegas italianos contemporáneos, a la hora de entrar al plano normativo se multiplicaron las reservas.

²⁹ ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE SEGURIDAD BANCARIA, “Anales del I Seminario Secreto Bancario y Desarrollo-París, diciembre de 1995”, Editorial Presses Universitaires de France, París 1996, p. 43.

³⁰ RUTA; Guido: “Le secret bancaire en droit italien, en Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse”, 1980, p. 120 ; “ Il segreto bancario nella realtà giuridica italiana, en Banca, Borsa e Titoli di Crédito, I (1982), p. 1041.

³¹ RUTA, Guido: “Lineamenti di legislazione bancaria”, Associazione Bancaria Italiana, Roma, 1965, pp. 263-264; en términos idénticos se ha pronunciado en: “Il fondamento giurídico del segreto bancario nel sistema della legge bancaria” en *Banca, borsa e titoli di crédito*, I, 1964, pp. 317-318.

La base normativa de esta tesis -en Italia- se veía en el artículo 10 de la legge bancaria, disposición que establece el secreto de oficio a los funcionarios inspectores de la banca, argumentando que, del mismo modo, el banquero estaría sujeto al secreto de oficio.³², norma que a juicio de la mejor doctrina crítica personalizada por DI AMATO y CENTRONE, entre otros, se caracterizada por la imprecisión y no se refiere directamente al secreto bancario, sino a un instituto diferente, como es el secreto de oficio dirigido a quienes inspeccionan a los bancos. A esta crítica se suma el hecho de que en el mismo cuerpo legal existe otra disposición (el art. 78 de la legge bancaria) que se refiere expresamente, aun cuando en forma incidental, al secreto bancario.³³

En España, esta posición ha sido parcialmente recogida por JIMENEZ de PARGA pues a su entender, en definitiva, con el secreto bancario "no se protege el sólo interés particular; al protegerse a la clientela, que es el presupuesto del funcionamiento del secreto bancario, se protege a la organización económica, de la cual los bancos son pieza vital"³⁴

2.6.2 Crítica a la teoría que funda el secreto bancario en la mera protección a la actividad bancaria. La primer crítica hace al abanico de confusiones ya adelantado. En el caso, los sostenedores de esta tesis confunden las consecuencias del instituto (protección y fomento del sistema financiero y bancario, y por ende de la economía) con el tema del fundamento.

Si bien el secreto bancario tiene en el orden económico la importancia expuesta en la tesis analizada, es inadmisibles sostener que esta realidad -por sí sola- pueda constituir el fundamento de su obligatoriedad. Este reduccionismo económico envilece la jerarquía intrínseca del instituto. El secreto bancario, desde siempre y principalmente en los tiempos actuales, tiene fundamentos muchos más complejos, Los mismos se vinculan prioritariamente, a la protección de la esfera más profunda de la intimidad de la persona, por ende, su dirección dogmática está anudada indisolublemente a la tutela del bien supremo de la libertad de los ciudadanos.

2.7 Fundamento del secreto bancario como un secreto profesional.

2.7.1 La tesis. Claramente a partir de la segunda mitad del siglo XX ha venido tomando fuerza a nivel internacional, e incluso en Uruguay, tanto en el plano doctrinario, jurisprudencial e incluso en los textos normativos, el concepto de ver al secreto bancario como una variedad o manifestación del secreto profesional, cuya consolidación normativa tiene viejo cuño. Esta tesis

³² RUTA. Guido: "Lineamenti ..." op cit. ut. supra. , p. 266; Cfr: ALIBRANDI, Luigi, "Rivelazione "per giusta causa" di segreto bancario", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, XXI , 1978, p. 1378.

³³ Cfr: DI AMATO, Astolfo: " Il segreto bancario", op. cit. ut supra. p. 111; CENTRONE , Cosimo: "Appunti sulla Tutella penale..." cit. ut. supra, p. 23.

³⁴ JIMÉNEZ de PARGA:, Rafael: " El secreto bancario en el derecho..." , op. cit. ut. supra, p. 398.

permite un saludable equilibrio entre el interés privado y el público envuelto en el instituto del secreto bancario.

En este contexto se afirma, con evidente fundamento, que el banquero es un profesional, como el médico, o el abogado. Todos ellos vinculados con sus clientes en atención a su carácter de confidentes necesarios, depositarios privilegiados de diferente nivel de intimidad, (económica, física y jurídica) en exclusiva función a la naturaleza de sus actividades.³⁵

En Francia, la casi totalidad de la doctrina, y aun la jurisprudencia, ha adherido a esta posición, basada en lo dispuesto por el artículo 378 del Code Penal.³⁶ Es más, la mayoría de los autores galos de mediados del siglo XX no referían al *secret bancaire* sino al *secret professionnel du banquier*, lo que de por sí resultaba ilustrativo, más aún lo es el hecho de que la jurisprudencia de los tribunales franceses, ha reconocido al banquero un “confidente operativo necesario”³⁷.

PARDIN ha sido categórico la afirmar “ el banquero es portador de un secreto de naturaleza profesional especial en dos dimensiones: configura un privilegio de información profesional basado en la confianza de su cliente y una correlativa obligación profesional de custodiar esa misma información”.³⁸ En la misma orientación ha reconocido CREMIEUX "resulta imposible sustentar, en esta época, que las funciones de los banqueros son meramente privadas, ni que recurrir a sus servicios es puramente facultativo. La banca se asemeja a un servicio público al que las empresas son obligados a recurrir. A fin de obtener un crédito indispensable para la vida comercial, ciertos secretos de empresa deben ser necesariamente confiados a los profesionales de la banca. Ellos deben, por tanto, estar sujetos a un secreto de carácter profesional."³⁹

³⁵ CENTRONE, Cosimo, “Appunti sulla tutela penale del segreto bancario”, en *Archivio penale*, XXX, 1974,1, p. 25.

³⁶ Art. 378 del CPF: "Los médicos, cirujanos y otros encargados de la salud, así como los farmacéuticos, las comadronas y todas las restantes personas depositarias, por estado o profesión o pro funciones temporales o permanentes, de secretos que se les confían, los cuales, fuera del caso en el que la Ley les obliga o les autoriza . a constituirse en denunciante, hayan revelado estos secretos, serán castigados ... "

³⁷ Cfr.: GULPHE, Pierre: “Le secret professionnel du banquier en droit français et en droit comparé” en *Revue Trimestrielle de droit commercial*. Paris, 1948, p. 9 y ss.

³⁸ PARDIN, P: “Le secret Bancaire en France”, en obra colectiva *Recent Developments in Relation to Bank Secrecy*, compilador y prologuista: Louis W. Severin, Edit. Ladelt, Autin, 1990, p. 210 y ss.

³⁹ CREMIEUX, Marcel: “Le secret des affaires”, en *L'Information en droit privé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1978, p. 476; Cfr: GAVIN, Bernard: “Le secret bancaire en France.”.Rideau, Paris 1990, p. 63 y ss; FLORIOT, Rene y COMBALDIEN, Raoul,: “Le secreto professionnel”, Flammarion, Paris, 1973, p 224 y ss.; VASSEUR, M.: “ Droit et Economie Bancaires, II: Les Operations de banque “ ; Les Cours de Droit, 1983. y BACRIE, Stephane: “ Le secret bancaire dans la CEE.”, Doc. ICEPS, DB/383/ 2004.

En Italia y basado en el art. 622 del Código Penale ⁴⁰ comparte esta doctrina el ya citado CENTRONE, quien entiende "... preferible esta opinión que encuadra el secreto bancario en el ámbito del secreto profesional, tanto por consideraciones jurídicas como por un principio de coherencia al criterio de la necesidad de un equilibrio entre los intereses privados y aquellos públicos". ⁴¹ También NUVOLONE ⁴², **PETRONE**,⁴³ y CRESPI afirman con diversos argumentos la conveniencia jurídica y práctica de dar cabida al secreto bancario dentro del precepto legal señalado, admitiendo una noción amplia del secreto profesional ⁴⁴.

IGLESIAS CUBRIA en España también a adherido a la posición de que el secreto bancario es una modalidad del secreto profesional, aceptando para la voz profesional "el significado más amplio o extenso, que comprende la profesión en sentido estricto, el oficio o empleo, y el arte cuando la relación, en la que se genera o se produce el secreto, se estima necesaria o cuasinecesaria". ⁴⁵

En América Latina han compartido la misma tesitura, en México, el publicista BAUCHE GARCÍADIEGO, fundamentalmente en base al texto del artículo 105 de la Ley de Instituciones de Crédito de la Federación ⁴⁶; en Colombia, se destaca la obra de Alfonso DE LA ESPRIELLA OSSIO ⁴⁷ y en el Uruguay deben citarse necesariamente los aportes de ALBANELL MC COLL ⁴⁸ y BAYARDO BENGOA ⁴⁹,

2.7.2 Críticas a la tesis que fundamenta el secreto bancario en el secreto profesional

⁴⁰ Art.662 CPI "Quien teniendo noticia, por razones de su estado u oficio, o de la propia profesión o arte, de un secreto, lo revela, sin justa causa, o lo emplea en provecho propio o de otro [. . .] si del hecho puede derivarse daño...."

⁴¹ CENTRONE, Cosimo, "Appunti sulla tutela penale del segreto...", op. cit., ut. supra, p. 27; PETRONE, M., Tutele pénale del segreto bancario e limiti processuali, en Cassazione Pénale. Massimario (1980), p. 273.

⁴² NUVOLONE, P., "Il segreto bancario nella prospettiva pénale" en *Banca, borsa e titoli di crédito*, 1983, p. 433

⁴³ PETRONE, M.: "Tutele pénale del segreto bancario e limiti processuali," en *Cassazione Pénale*. Massimario , 1980, p. 273.

⁴⁴ CRESPI, A.: "Ancora sulla tutela del segreto bancario nel processo civile", en *Rivista di Diritto Civile* 1956, p.. 288 y ss; también : "Segreto bancario e poteri istruttori del giudice civile". en *Banca, Borsa e Titoli di Crédito*, XXIV, 1961, p. 40° y ss.

⁴⁵ IGLESIAS CUBRÍA, M.: "El derecho a la intimidad", Universidad de Oviedo, Oviedo, 1970, p. 78 y ss.

⁴⁶ BAUCHE GARCÍADIEGO, M.,: "Operaciones bancarias, activas, pasivas y complementarias" Ed. Porrúa, Mexico , 1974}, p. 358.

⁴⁷ DE LA ESPRIELLA OSSIO; Alfonso: "El secreto bancario. Historia de la Banca en Colombia", Temis, Bogotá, 1979, p. 93.

⁴⁸ ALBANELL MC COLL: "Secreto bancario – La Justicia Uruguaya – Sección Doctrina Tomo 51.

⁴⁹ BAYARDO BENGOA, Fernando: " La tutela Penal del secreto", Facultad de Derecho, Montevideo, 1961, p. 365.

Esta corriente confunde el fundamento del secreto bancario con la búsqueda de una adecuada sanción a su extemporánea revelación.

La tesis analizada no es, ni puede ser jamás una teoría sobre el fundamento del secreto bancario. Se trata de conjunto de loables planteos que han permitido avalar determinada solución normativa o en su caso, interpretar extensivamente las normas del secreto profesional para otorgar una adecuada protección a un secreto bancario formalmente carente de la misma. Allí termina la función. El secreto bancario puede estructurarse normativamente como una variedad del secreto profesional, así lo hace por ejemplo el derecho positivo belga, suizo, francés y uruguayo, pero también puede ser regularlo de modo seguro en forma independiente, ello no hace a su fundamento. Reiteramos que no debe ni puede confundirse la fuente de la obligación con el fundamento de la misma. El fundamento del secreto bancario, o en su caso del secreto profesional bancario no se encuentra precisamente en su carácter de “profesional” sino en el abstracto mismo de los bienes que se pretenden garantizar por su intermedio, entre los cuales, destaca de forma dominante, la debida preservación y custodia de la intimidad de la persona.

2.8 Fundamento del secreto bancario en el derecho a la intimidad.

Todas las teorías expresadas hasta el momento, en ciertos casos de basan en supuestos reales, pero siempre conceptualmente desvinculados del propósito enunciado: la búsqueda de su fundamento. Y precisamente, si algo tienen en común, es que todas ellas tienden a desvirtuar el sentido jurídico de ese objetivo.

Algunas corrientes confunden el fundamento con las fuentes, otras, también, con la protección al sistema crediticio, con la corretezza en la ejecución de la actividad del banquero e incluso se lo llega a asimilar con la eficacia de la protección.

A nuestro juicio el fundamento dogmáticamente prevalente en la conformación del estatuto del secreto bancario debe encontrarse en el derecho de la personalidad, en la perspectiva del reconocimiento de un general derecho de cada uno a la intimidad.⁵⁰

Como recuerda CREMIEUX,⁵¹ el hombre, por naturaleza, es un ser comunicativo, pero al mismo tiempo, es inherente a su esencia, reservar un determinado ámbito personal de secretos, los que deberá revelar en determinadas oportunidades. En el aspecto patrimonial, su confidente -necesario- serán los banqueros, ante quienes revelará el segmento económico de sus intimidades.

Ese cliente, titular natural de un derecho a la intimidad, tiene la facultad de exigir la máxima reserva en torno a los hechos que él ha debido confiar al banquero para poder operar

⁵⁰ CERVINI, Raúl: “Uruguayan Bank Secrecy.-Regulation”, en obra colectiva “Recent Developments in Relation to Bank Secrecy” op. cit. ut. supra, p. 159.

⁵¹ CREMIEUX, Marcel: “Le secret des affaires...”, op. cit ut. supra, p. 479

adecuadamente,⁵² Contrariamente a lo afirmado por algunos autores -en cuanto a que deben dejarse fuera de los derechos de la personalidad aquellos que tengan vocación patrimonial⁵³-, la doctrina moderna, reconoce que el aspecto económico o patrimonial forma también parte de la intimidad de las personas, que resguarda los derechos de la personalidad, configurándose el secreto bancario como "una defensa de lo íntimo, aunque sea económico, del ciudadano".⁵⁴

El ámbito de lo "íntimo", que abordaremos en el Capítulo siguiente, integra por lo expresado uno de más importantes derechos de la personalidad. Estos atributos de la persona han ido aumentando a medida que transcurren los años y se perfeccionan las instituciones jurídicas, acompasando la complejidad y cambios de la vida moderna. Hoy en día el derecho a la intimidad es incluido unánimemente por la doctrina en el cuadro de estos derechos de la personalidad, jerarquización desconocida e incomprensible para algunos juristas del pasado. A partir de esta base estamos en condiciones de adentrarnos en la evolución histórica del propio concepto de intimidad.

3. LA DIRECCIÓN DOGMÁTICA DEL SECRETO COMO EXPRESIÓN DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL

3.1. Concepto de intimidad.

Podemos introductoriamente expresar que la intimidad es un concepto de carácter material mediante el cual la normativa jurídica define el área que cada uno de los ciudadanos reserva para sí o para sí y sus íntimos, apartándola, en mérito al contenido de la acción o de la situación de que se trate, del conocimiento de terceros. Es de destacar desde ya, que lo protegido no es el dato, sino la persona titular del mismo.⁵⁵ Lo íntimo de cada persona es todo aquello que los demás no pueden invadir "ni siquiera con una toma de conocimiento".⁵⁶ Este derecho a la intimidad "importa el deber de los extraños a respetar el ámbito netamente privado del individuo, absteniéndose de dar a la publicidad las actividades propias y puramente personales del sujeto y que él mismo desea no se divulguen".⁵⁷

⁵² SCHÓNLE, Herbert, « Le secret bancaire en Suisse », en *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse*, p. 179.

⁵³ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, "Las servidumbres a que obliga la grandeza. La esfera de la intimidad y las personalidades públicas," en *Revista de Derecho*, XXXVI, Concepción, 1968, p. 35.

⁵⁴ AUBERT, Maurice; KERNEN, Jean Philippe y SCHÓNLE, Herbert: "Le secret bancaire suisse", 2da Edic., Editions Staempfli & Cie, S.A., Berna, 1982.

⁵⁵ BATTLE SALES, Georgina: "El Derecho a la Intimidad Privada y su Regulación" Editorial Marfil, Madrid, 1972, p. 23 y ss.

⁵⁶ IGLESIAS CUBRÍA, "El derecho a la intimidad...", op. cit., ut. supra, p. 21.

⁵⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, "Curso de Derecho Civil. Parte General," , Ed. Nascimento, Chile, 1971, p. 288.

La doctrina italiana igualmente reconoce la existencia incondicionada del diritto a la riservatezza, lo refiere a "aquel modo de ser de la persona, el cual consiste en la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto se refiere a la persona misma".⁵⁸

También en el ámbito jurisprudencial se ha afirmado su contenido. Ha dicho el Tribunal Supremo español, en sentencia de 8 de marzo de 1974, "intimidad personal es el derecho a mantener intacta, desconocida, incontaminada e inviolada la zona íntima, familiar o recoleta del hombre, es, según, la terminología que se prefiere, un derecho a la personalidad, un derecho innato, individual o un derecho humano".

En Norteamérica, como volveremos a ver más adelante-según la teoría del right of privacy, confirmada reiteradas veces por la Corte Suprema -, se dice que la "vida en sociedad ha creado nuevas formas de convivencia que constituyen una invasión al derecho de los individuos a gozar de la soledad, del aislamiento y a vivir la vida que cada uno aspira a vivir dentro de los moldes normales de la sociedad moderna".⁵⁹

Estas concepciones de la intimidad como derecho que todo individuo tiene a ser resguardado de las intrusiones externas, son –como vemos- ciertamente de general aceptación teórica, pero no dicen todo sobre el real alcance y proyección contemporánea de este fundamental paradigma del Estado Social Democrático de Derecho.

Mediante el abordaje del proceso histórico de reconocimiento del instituto, a través del moderno instrumento jurídico-dogmático que proporciona la teoría de las esferas, con la revitalización de los elementos clásicos del secreto enfatizando especialmente su carácter estatutario y finalmente como consecuencia de este último, se llega a la comprensión de que el secreto se traduce en un estatuto de poder-deber que impone a sus depositarios tanto el privilegio de esgrimirlo como la carga proactiva de defenderlo. Transcurrido todo este análisis, se vislumbrará el alcance contemporáneo de los atributos inherentes a la personalidad en el Estado Democrático de Derecho, entre ellos, la intimidad, una de cuyas manifestaciones más relevantes constituye el secreto bancario.

3. 2 Evolución del derecho a la intimidad.

⁵⁸ Cfr. FERRI, Giovanni, Persona e Privacy, en: Rivista del diritto commerciale e del diritto générale delle obbligazioni, LXXX, 1-2/3-4 (1982), pp. 75-121; y, antes, el texto ya clásico de: DE CUPIS, I diritto della personalità Milán, Giuffrè, 1942.

⁵⁹ DIAZ MOLINA, IVAN, M., "El derecho de Privacy", en Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, T. XXVII, Córdoba 1963, p. 169.

El análisis histórico del derecho comparado denuncia que la idea de intimidad fue evolucionando muy lentamente y con escasa armonía en busca de una formulación que pudiera servir de base aceptable para construir un sistema legal de protección integral de la misma. Así la Declaración de Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776 hacía referencia a ciertos aspectos de la intimidad (protección del ámbito físico del domicilio), la Asamblea Nacional Francesa en 1790 abordó la intimidad pero acotándola al principio de inviolabilidad de la correspondencia. En esos tiempos, debe reconocerse que la concepción más integral de la intimidad surge de la Constitución de los Estados Unidos de América. Precisamente Julio MAIER, realza como fuente histórica del principio de la intimidad a la Carta Magna de los EEUU del 17 de setiembre de 1787, en particular la IV Enmienda referida al derecho del pueblo "*a estar seguro en sus personas, casas, papeles y efectos, contra las inquisiciones o apoderamientos injustos...*"⁶⁰.

Lo cierto es que como señala MORALES PRATS el creciente aumento del valor de la esfera íntima ha experimentado a lo largo del tiempo varios cambios de sentido y esta evolución del significado de la intimidad puede concretarse en tres momentos⁶¹.

En una primera etapa, en la concepción tradicional anglosajona de la *privacy*, la intimidad se percibe como un objeto más, susceptible de goce pacífico dentro de la esfera posesoria del individuo o como un objeto de relación contractual, cuando se traban relaciones de confianza con determinadas personas... Es la etapa del denominado "individualismo posesivo".

El segundo momento en esta evolución conceptual tiene lugar en la segunda mitad del siglo XIX. En esa época, particularmente en 1890 WARREN y BRANDEIS⁶² publicaron su conocido trabajo sobre el *right to privacy*, con la idea de consagrar las bases de un derecho a gozar de la vida, el llamado derecho de estar solo frente a la ingerencia externa. En este segundo momento de la evolución de concepto, la formulación de la intimidad se asienta no sobre la propiedad, sino sobre la inmunidad de las personas. Es una respuesta a la necesidad de hacer frente a las intrusiones que ya habían dejado de ser solamente físicas. Se rompe la vinculación de la intimidad con los poderes dominiales caracterizados por el privilegio y se configura como un presupuesto de la libertad individual, frente a las desviaciones del pensamiento puritano de la Nueva Inglaterra. Algunos autores consideran que la citada obra es la primer formulación moderna del derecho a la intimidad.

⁶⁰ MAIER, Julio: "Derecho Procesal", Tomo I, 2da Edición, Buenos Aires, 1996, p. 679 y ss.; Cfr: IGLESIAS CUBRIA, N: "El derecho a la intimidad", Edición Universidad de Oviedo, Oviedo, 1970, p. 12 y ss;

⁶¹ MORALES PRATS, Fermín: "La tutela penal de la intimidad: *privacy* e informática", Editorial Destino, Barcelona 1984, p.18 y ss; Conf: SAEZ CAPEL, José: "El derecho a la intimidad y las escuchas telefónicas", DIN Editora, Buenos Aires, 1999, p.27 y ss.

⁶² WARREN, S.D y BRANDEIS, L.D: "The right to privacy", en *Harvard Law Review*, 1890, Vol.IV, No. 5, p. 193 y ss.

Lo cierto es que a partir de los años treinta del siglo XX comienza a admitirse el abandono de la *privacy-property* y su sustitución por la *privacy-personality*. Sobre la mitad del siglo XX esta nueva concepción de la intimidad encontrará su expresión legislativa y conformidad doctrinal en los EEUU. El año 1965 se marca en la citada Federación Americana como la fecha de reconocimiento constitucional de un derecho general a la intimidad, confirmado a través de la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Griswold v. Connecticut*, que desde entonces ha sido considerado como un importante *Leading Case* en la materia⁶³.

En esta época se evidencia la preocupación por la preservación de la intimidad personal y el choque entre su adecuada tutela y el acelerado progreso tecnológico que facilita las posibilidades de un creciente intervencionismo estatal. La intimidad adquiere un nuevo sentido. Se transforma en condición fundamental para la integridad y la libertad del individuo frente a la amenaza de ingerencias arbitrarias del Estado. La tutela de la intimidad pasa a ser una necesidad visible para todos los ciudadanos.

En su estudio sociológico sobre la vida privada, el publicista catalán Luis FLAQUER⁶⁴ ha señalado con agudeza que durante el siglo XX el hombre quiere afirmar su identidad en un momento en que la intervención estatal ha invadido parcelas, antes pertenecientes al dominio particular, donde el individuo cada vez encuentra una sociedad más corporativa y burocrática, en la cual le resulta dificultoso proyectar sus potencialidades personales. Esto hace nacer en el individuo un sentimiento de defensa frente a las injerencias abusivas a su vida privada, transformándose así en un valor, a la vez que se convierte en límite frente al Estado. Se trata, conforme al citado autor, de una concepción del derecho a la intimidad de carácter contractualista, que expresa el contenido originario del derecho a la intimidad, tal como fuera formulado en Harvard en 1890, adquiriendo plena vigencia a partir del siglo XX, con las formulaciones garantistas de los derechos fundamentales, la teorización sobre el Estado mínimo y la limitación de los poderes públicos frente a la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos. Esta concepción supone un valor social, que afirma la privacidad y el control de la información personal frente a las injerencias externas, dotando al ciudadano de garantías a esos efectos.

El tercer momento en la evolución conceptual de la intimidad, nace precisamente en la segunda mitad del siglo XX... La intimidad trasunta un nuevo aspecto derivado de los nuevos

⁶³ Cfr. WESTIN, Alan: "Privacy and Freedom", Athenaeum Editors, Nueva York, 1967, p. 360; BLOVICH, Leon Saul: "The Constitutional Privacy", en *Law and Criminology Review*, University of Austin-Texas Press, Vol. 10. No. 2. Austin, abril-julio 1992, p.82 y ss.

⁶⁴ FLAQUER, Lluís: 'Vers una sociologia de la privacitat', en *Papers*, No. 17, Barcelona, 1980, p. 109; en el mismo sentido: 'De la vida Privada', Barcelona, 1982, p. 60 y ss.

factores estructurales (la masificación y la despersonalización), como culturales e ideológicos. Se produce el repliegue hacia el ámbito familiar y privado.

Compartimos totalmente los conceptos de GONZÁLEZ GUITIÁN⁶⁵, en el sentido de que una segunda lectura de esta "vuelta a lo privado" revela que la misma no debe ni puede verse como una conquista del individuo, sino como un mecanismo de defensa del mismo. La defensa de la intimidad es algo imprescindible para un individuo cada día más marginado de lo público. Su protección se convierte en la defensa del mínimo imprescindible de dignidad vivencial para un individuo aislado frente a un Estado que día a día reduce más sus disponibilidades para ofrecer niveles aceptables de bienestar colectivo, pero que no renuncia a incrementar cada vez más sus posibilidades de control, facilitadas por los nuevos medios técnicos y también por la disgregación social.

A partir de tal aseveración, creemos siguiendo a BRICOLA⁶⁶, que la elaboración teórica del derecho a la intimidad no puede reducirse a una patología de la intimidad. No es admisible construirla en base a un concepto de mera libertad negativa, de la sublimación de la *privacy*, es decir, enfatizando simplemente los niveles de su defensa. La teoría no debe favorecer el paradigma de encerrarse la persona en sí misma. Vivir dignamente nuestra realidad impone afirmar positivamente la intimidad, en términos de garantía, frente a todo intento de totalitarismo estatal. No se trata de teorizar sobre un mero apéndice complementario y difuso de la libertad, sino precisamente sobre una nueva dimensión de la libertad, de la que depende el ejercicio de un conjunto de derechos básicos inherentes al Estado Democrático Social de Derecho. Hemos entrado en la etapa de la *privacy-dignity*, en una nueva y sustantiva dimensión de la libertad.

Por lo dicho, si se aspira a que el derecho a la intimidad tenga alguna operatividad como bien jurídico, tendrá que abordarse la construcción del mismo no sólo en sentido negativo de exclusión en el ámbito de la esfera íntima, sino también, muy especialmente, en el sentido positivo de proyección hacia otras libertades básicas inherentes a la dignidad humana⁶⁷.

⁶⁵ GONZALEZ GUITIAN, Luis: "Protección Penal de la intimidad y escuchas clandestinas" en *Revista de Derecho Público*, Comentarios a la Legislación Penal, Tomo VII, Editorial Revista de Derecho Privado- Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986, p. 58; Cfr: IGLESIAS CUBRIA, N: "El derecho a la intimidad...", op. cit. ut. supra. p.63. En igual sentido: SANTINI, G: "Note sul segreto bancario", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, III, 1949, p. 657-680.

⁶⁶ BRICOLA, Franco: " Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1967, p. 1140.

⁶⁷ SAEZ CAPEL, José: ' El derecho a la intimidad.....' op. cit. ut.supra, p.34, señala: "... Llegados así a nuestros días (la intimidad) ... adquiere un nuevo significado: de su salvaguarda depende en gran medida la integridad de la identidad y libertad del individuo frente a las amenazas de injerencias arbitrarias, para lo cual cuestiona los esquemas jurídicos tradicionales enraizados en las ideas patrimonialistas y contractualistas".

Hasta este momento hemos procurado exponer el sentido de este nuevo bien jurídico, que es la intimidad. Corresponde en los siguientes párrafos establecer la delimitación de su alcance a efectos de fijar hasta que punto, dentro de esos límites, es jurídicamente posible llevar adelante su protección. La tarea de delimitar este bien jurídico no es sencilla, muchas de sus características conspiran contra ello. Uno de esos escollos se encuentra en el inevitable margen de relatividad de un concepto que opera en función del tiempo, del lugar, de los individuos y de los contextos sociales⁶⁸. Otro obstáculo se vincula a la naturaleza pluridimensional y compleja de la intimidad. El bien jurídico se manifiesta en variadas formas pero también es susceptible de muy heterogéneas modalidades ofensivas⁶⁹. Pensamos que la delimitación topográfica de la intimidad a través de la Teoría de las Esferas permite sortear los mayores escollos.

3. 3. Delimitación de la intimidad a través de la Teoría de las Esferas.

El secreto en general, como instituto protegido por un Estado con vocación democrática, está ineludiblemente vinculado a la tutela de un derecho fundamental como lo es la intimidad y privacidad, expresiones del paradigma de portada general de la libertad ⁷⁰. Lo expresado resulta generalmente admitido sin reservas, pero las mismas surgen, respecto del alcance del instituto del secreto, al momento de plantear ciertos casos concretos y fundamentalmente al abordar la viabilidad jurídica de una legitimación activa de los encargados de su custodia en defensa de la información recibida en su investidura de confidentes necesarios. Temas de tanta trascendencia no pueden entenderse adecuadamente, sin recurrir a aquello que MAURACH designa como “*la dirección dogmática de los institutos*” ⁷¹ o sea el sentido, la trascendencia dogmática y político criminal que el legislador ha procurado a través de su protección.

Dicho lo anterior debemos precisar que normalmente se reconoce que el instituto del secreto *latu sensu* - está destinado a proteger la **libertad individual** y más singularmente un aspecto de la

⁶⁸ MADRID CONESA, Fulgencio: " Derecho a la intimidad , informática y Estado de Derecho", Ed Universidad, Valencia, 1984, p 40 y ss.

⁶⁹ GARCIA- PABLOS DE MOLINA, Antonio: 'El Derecho Penal como límite al ejercicio de las libertades y derechos fundamentales. Protección penal del honor y la intimidad", en *Estudios Penales*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 388.

⁷⁰ Cfr. BOGGIO, C., CAPONI, E. y COACCIOLI, A. “Secret bancaire en Droit italien”, *Seminaire de Droit Bancaire*, Gêneve 2-3 février 1996, p. 36; ESTADELLA YUSTE, O. “LA protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales”, Ed. Tecnos, Madrid 1995, p. 60; GIANFELICI, E. “Il segreto bancario. Norme civili, penali e fiscali”, Giuffrè ed., Milano 1996, p. 156.

⁷¹ MAURACH, Reinhart: "Tratado de Derecho Penal", trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Editorial Ariel, 1962, p. 225, MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, “Derecho Penal. Parte General”, t. I, trad. De la 7º edición alemana, Jorge Boffil Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, p. 340.

misma que es la **intimidad /privacidad** de la persona. En esa dirección se ha procurado vertebrar la protección del secreto en general recurriendo a distintas líneas teóricas ⁷². Entre esas vertientes hay una desarrollada fundamentalmente en Alemania respecto de la cual nos hemos ocupado en trabajos anteriores ⁷³ la que resulta especialmente apropiada para la comprensión y delimitación tomográfica de la esfera de la intimidad comprensiva del instituto del secreto: se trata de la llamada "**teoría de las esferas**" ⁷⁴.

Siguiendo al citado GONZÁLEZ GUITIÁN, esta exposición teórica constituye un serio intento de delimitar el contenido del **derecho a la intimidad**. Se trata de una construcción elaborada originalmente por la doctrina civilista ⁷⁵, tras el paso decisivo que supuso el reconocimiento del derecho general de la personalidad.

El derecho subjetivo del individuo a proteger los secretos de su vida privada frente a una publicidad no deseada fue formulado por primera vez en Alemania por KÖHLER, en 1880. Lamentablemente la idea no encontró recibo jurisprudencial hasta la mitad del siglo siguiente. Una legislación anclada en la pandectística del siglo XIX, que se limitaba a la protección de intereses patrimoniales, sólo podía conceder protección a bienes jurídicos de la personalidad en casos aislados y expresamente reconocidos. El reconocimiento de ese derecho general de la personalidad no fue posible hasta la entrada en vigor de la Constitución alemana, que proclamaba el derecho del individuo al respeto a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad (arts. 1 y 2, Grundgesetz). Esta postura implicó un definido y excluyente protagonismo de la judicatura como árbitro imparcial y necesario, al menos en lo que se relacionaba con la protección de los reductos más sensitivos de la libertad. Así, en los años cincuenta las decisiones de los Tribunales germanos comienzan a reconocer en forma inequívoca este derecho general de la personalidad y con ello avanzan decididamente en el

⁷² BACRIE, Stéphane: "Le Secret Professionnel. Éléments constitutif", Nouvelle Presses Universitaires de France, Paris 1999, p. 35 y ss; BAJO FERNANDEZ, Miguel: "El secreto bancario como secreto profesional en el Proyecto del Código Penal Español de 1980", *Revista de Derecho Penal*, N° 2, FCU – Montevideo, 1980, p. 6.

⁷³ CERVINI, Raúl: "Uruguayan Bank Secrecy - Regulation", en obra colectiva: *Recent Developments in Relation to Bank Secrecy*, Copilador Louis W. Severin, Edit. Ladelt, Austin, agosto 1990; p.157 y ss. En el mismo tenor: "La Dirección Dogmática del Secreto Bancario en un Estado Democrático de Derecho", publicado en la dirección www.direitocriminal.com.br, 10.01.2001.

⁷⁴ Cfr. GONZALEZ GUITIAN, Luis, "La protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas" en *Revista de Derecho Público*. Comentarios a la legislación penal. Dirigidos por Manuel COBO DEL ROSAL y COORDINADOS por Miguel BAJO FERNANDEZ, Tomo VII – Editoria Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1986, p. 63 y ss.

⁷⁵ Un sistema de delimitación en cierto modo semejante, aunque desde otros presupuestos, se puede encontrar en WESTIN, ALAN F.: "Science, Privacy, and Freedom: Issues and Proposals for the 1970's", en *Columbia Law Review*, 66 (1966), ps. 1020 y ss.

reconocimiento del binomio intimidad/privacidad como el "**último e inviolable reducto de la libertad humana**".

Inevitablemente se abrió a continuación un amplio debate, que aun perdura, para fijar el contenido y los contornos de este derecho a la intimidad. Precisamente un abordaje a este problema se presenta a través de la **teoría de las esferas**, formulada por HUBMANN en 1953 ⁷⁶ y recogida entre los penalistas, por HENKEL en 1957 ⁷⁷. La tesis de HUBMANN parte de la división de este derecho general de la personalidad en tres sectores o áreas de la intimidad, cada uno de los cuales constituye una esfera. Tenemos así en esta primera formulación tres campos de la intimidad: la esfera individual, la esfera privada y la esfera de secreto. La aportación de HEINKEL, de muy precisa utilidad en el campo penal, consistió, además de unos pequeños ajustes de terminología, en añadir otro espacio de protección: entre la esfera privada y la esfera de secreto introdujo la denominada esfera de confianza ⁷⁸.

En base a lo dicho, la teoría de las esferas, en su formulación, que podríamos considerar como moderna y plenamente asimilable a la dogmática penal ⁷⁹ toma como punto de partida la idea de que las distintas manifestaciones de la personalidad pueden ordenarse en una gradación que va desde lo estrictamente íntimo a lo totalmente público. Esta gradación se refleja en una serie de esferas concéntricas de radio progresivamente mayor, en relación inversa a la intensidad de su protección. En otras palabras, a medida en que el radio disminuye, se justifica una protección progresivamente mayor.

La esfera de radio más amplio es la **esfera individual**, que comprende la protección del individuo en la sociedad; se incluyen en ella, por ejemplo, como aspectos protegidos, la integridad corporal, el honor o el nombre.

La segunda esfera, que tiene ya un radio menor, es la **esfera privada**, que abarca la defensa del individuo ante la sociedad; es decir, la protección del ámbito más personal e íntimo de vida (Privatsphäre), abarca todos los comportamientos, noticias, etc., que el sujeto desea que no se conviertan en objetos de dominio público (por ejemplo, la propia imagen).

En un espacio más interior se acuna la **esfera confidencial o de confianza** (Vertraulichkeitssphäre) que comprende aquellos hechos, noticias, etc., de los que el sujeto hace partícipes a personas de particular confianza; noticias confidenciales son, por tanto, aquellas que

⁷⁶. HUBMANN, HEINRICH: "Das Persönlichkeitsrecht", 2, Auflage, Köln/Graz, Böhlau, 1967 (1ª edición, 1953), ps. 267 y ss.

⁷⁷. HENKEL: "Der Strafschutz des Privatlebens gegen indiskretion" en *Verhandlungen des Zweiundvierzigsten Deutschen Juristentages*, Dusseldorf, 1957, Tübingen, C.B.Mohr, 1959, p. 60 y ss,

⁷⁸. Cfr. HENKEL: "Der Schutz des Privatlebens ...", op. cit. ut supra ps. D 80 y ss.

⁷⁹. Vid. la síntesis de BRICOLA, Franco: "Prospetive e limiti della tutela penale della riservatezza", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1967, ps. 1083 y ss, que siguen también MORALES PRATS, Fermín: "Pricacy y reforma penal: La Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal (1983), en *Documentación Jurídica*, 37/40, Vol 1, 1983, p. 128 y ss, y GARCIA VITORIA, Aurora: "La protección de la intimidad en el Derecho penal y en la Constitución de 1978", Pamplona, Aranzadi, 1983, ps. 20 y ss.

constituyen una llamada personal e individualizada a la confianza del destinatario. De esta esfera confidencial están excluidas, por tanto, incluso personas que operan en la vida privada y familiar.

Por último, aparece el coto más exclusivo de la *esfera de secreto* (Geheimsphäre) atinente a aquellos hechos, noticias o datos que por su naturaleza resultan vocacionalmente inaccesibles a todo el que no sea titular personal directo y quien lo es, tan sólo, en su carácter de confidente necesario del secreto. Se ha expresado que este campo de la intimidad **se consustancia con lo más medular de la libertad** pues trasciende su protección y defensa externa conectándose con un aspecto relevante del sentir interno. No obstante lo señalado, este nivel es el que se encuentra más expuesto, debido fundamentalmente a dos causas: en primer lugar: la dispersión institucional a la que llevó la corporativización profesional de los confidentes necesarios y en segundo lugar, el desarrollo de criticables legislaciones de carácter intervencionista o activo e incluso regulaciones públicas de menor jerarquía, que pretenden sacrificar ciertas garantías sustantivas y adjetivas, constitucionalmente consagradas, bajo pretexto de una supuesta eficacia.

Hay que advertir que en la sistemática de esta moderna teoría de cerne constitucional, la separación entre las distintas esferas no es absoluta, sino que, por el contrario, existe una comunicabilidad funcional entre ellas. Por ejemplo, es frecuente que noticias confidenciales asuman carácter de secreto, como sucede en el caso del secreto epistolar, de la misma forma puede ocurrir y ello resulta fundamental respecto del tópico secreto profesional, que la intervención del consentimiento pueda provocar que el contenido de la esfera de secreto pueda pasar a la esfera de confianza por el funcionamiento del mecanismo de la liberación voluntaria al confidente necesario o bien desde ésta hacia la esfera privada. En este sentido, señala acertadamente MORALES PRATS⁸⁰ que en realidad, más que ante esferas concéntricas, nos hallaríamos ante una suerte de **espiral de sincronía funcional hacia la realización de la libertad**. Agrega el mismo autor que esta eventualidad de movilidad funcional entre las esferas no contradice en absoluto, el principio cardinal de la inviolabilidad del secreto, cuando no se da el supuesto básico de liberación del confidente necesario por parte del primer titular, del concernido directo del mismo.

Como vemos, el secreto está expuesto a una antinomia: tiene por un lado un polo subjetivo que es la esfera sensible y merecedora de mayor protección de la libertad que se vincula al concernido, por otro tiene un polo institucional que atañe al custodio, confidente necesario, encargado de su protección. Por su propia naturaleza exhibe una configuración plural de los vinculados por la reserva; el principal concernido tiene la facultad de liberar al confidente profesional, mientras que el custodio de la reserva solo está legitimado a difundir el contenido de privacidad del primero si este lo libera y sólo en tal hipótesis. Sin duda alguna el polo subjetivo se conecta con el institucional por una relación de inevitable necesidad o utilidad que sólo el concernido directo estará en condiciones de evaluar (criterio

⁸⁰. Cfr. MORALES PRATS: "Privacy.....".op.cit. ut supra, p. 129.

funcional operativo). A su vez la expectativa de reserva impone al depositario del secreto, un correlato especialmente enérgico respecto de la exigibilidad de ese deber ⁸¹.

En la medida en que la relación de secreto aparece dentro de una inescindible vinculación funcional entre cliente y confidente necesario el bien a tutelar será bifronte. Aparecerán como objeto de tutela tanto ese último reducto de la libertad humana que es el secreto como la especialmente calificada obligación de reserva de aquel llamado a su custodia. Consecuentemente con ello, intentamos reafirmar con este trabajo que el deudor o custodio del secreto (ejemplo: el profesional) es portador de un estatuto de derecho-deber compuesto, y no cumple solamente con observar el debido sigilo sino que en ciertas ocasiones le corresponde también hacer activa protección frente a las pretensiones ilegítimas de las autoridades de penetrar su infranqueable esfera de custodia.

3.4 A MODO DE REFLEXIÓN

Es precisamente en atención al libro homenaje a nuestro querido amigo el Prof. Tovo que hemos tratado de sintetizar en pocas hojas todo un proceso evolutivo respecto del fundamento de secreto bancario que ciertamente ha llevado más de tres siglos. Se trata de una secuencia a través de la cual la dogmática fue progresivamente interpretando el sentido último de secreto como expresión de la intimidad, atributo consustancial a la libertad consagrada en todas las constituciones democráticas.

Hoy día en que las urgencias recaudadoras del Estado, los apremios de las investigaciones proactivas y otras desviaciones del Derecho Penal Democrático, sustantivo y procesal tienden a ultrapasar sin medir consecuencias, la esfera más profunda de la intimidad, debería recordarse el sentido de estos institutos y su vinculación con la preservación de la seguridad jurídica democrática.

⁸¹ Cfr. MEYRE, Leon Henri: "Le Secret Professionnel du banquier et ses limites" en *Le Secret Bancaire et Professionnel, Etudes e Documents*, Union Internationale de Avocats, Edit. Belleville-Reneaux, 2º Edición, París, 1989, p. 103. También sobre la irrenunciabilidad de la carga de sigilo del profesional en general: FLECK MOYANO, Patricia Luján: "European Community Bank Secrecy", Inform Melbure Superior Institute, publicado en *Business Law (International)*, Londres, setiembre 1999, pág 46.