

El elemento estatutario del secreto como instrumento de efectiva realización de las garantías *

*Raúl Cervini ***

RESUMEN. La dirección dogmática del instituto del *secreto* en general se define en plenitud a partir de la llamada *teoría de las esferas*. Este moderno paradigma de trabajo permite ubicar tomográficamente las distintas manifestaciones de la intimidad/privacidad en esferas concéntricas de radio progresivamente mayor, en relación inversa a la intensidad de su protección: la esfera de lo individual, la esfera privada, la esfera de confianza y por último la del secreto, que se consustancia con lo medular de la libertad. Esta visión medular del secreto debe traducirse en su concepto dogmático y por natural derivación en el elenco de sus elementos estructurales; clásicamente: subjetivismo relativizado, actualidad, relevancia jurídica y relativismo. Se propone un quinto elemento, el estatutario, que transforma al instituto en un sistema de derecho-deber en clave de garantías. A efectos de demostrar la utilidad de tal propuesta se recurre al análisis del secreto bancario uruguayo, que permite visualizar la pertinencia normativa y los límites de la legitimación activa del deudor del secreto, así como los medios procesales para hacerla efectiva.

ABSTRACT. The dogmatic orientation of the *secret* as an institution is generally fully defined from the theory referred to as the *theory of the spheres*. This modern working paradigm enables us to pinpoint the various manifestations of intimacy/privacy in concentric spheres of progressively larger radius, inversely related to the intensity of their protection: the

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 5 de mayo de 2006. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 24 de agosto de 2006, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Católica del Uruguay y director del Área Penal de la misma Universidad. Profesor Titular (G.4) de Derecho Penal II en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República. Secretario General para América Latina y 2.º Vicepresidente del Consejo Consultivo Internacional del ICEPS (International Center of Economic Penal Studies-NY).

individual sphere, the private sphere, the trust sphere and, lastly, the secret sphere, consubstantially related to what freedom essentially is. This essential view of the secret must be expressed through its dogmatic concept, and due to natural derivation, through the variety of its structural elements; classically: relative subjectivism, current situation, legal relevance and relativism. A fifth element is put forward, the statutory one, which turns this institution into a right-obligation system with certain guarantees. The Uruguayan banking secrecy is analyzed so as to prove the usefulness of said proposal, enabling us to visualize the relevance of the legislation and the limits of the active legitimization of the debtor whose secrecy is kept, as well as the procedural means to make it effective.

PALABRAS CLAVE. Teoría de las esferas; secreto bancario; relativismo; garantías; paradigma.

KEY WORDS. Theory of the spheres; banking secrecy; relativism; guarantees; paradigm.

SUMARIO. 1. La dirección dogmática del secreto como expresión de la libertad. La teoría de las esferas. 2. Trascendencia de los diferentes criterios sobre los elementos del secreto en clave de garantías de sus titulares. 3. Consideraciones generales sobre los elementos clásicos de la estructura del secreto. Sus limitaciones. 4. Sentido y trascendencia del elemento estatutario. 5. Reflexiones finales. Bibliografía

1.

LA DIRECCIÓN DOGMÁTICA DEL SECRETO COMO EXPRESIÓN DE LA LIBERTAD. LA TEORÍA DE LAS ESFERAS

1. 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.¹ Lo expresado resulta generalmente admitido sin reservas, pero éstas 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*,² o sea, el sentido, la trascendencia dogmática y político-criminal que el legislador ha procurado a través de su protección.

¹ Cf. BOGGIO, C.; CAPONI, E., y COACCIOLI, A., "Secret bancaire en Droit italien", *Séminaire de Droit Bancaire*, Ginebra, 2-3 de febrero de 1996, pág. 36; ESTADELLA YUSTE, O., *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Tecnos, Madrid 1995, pág. 60; GIANFELICI, E., *Il segreto bancario. Norme civili, penali e fiscali*, Giuffrè, Milán, 1996.

² MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, pág. 225, MAURACH, Reinhart, y ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general, t. I*, trad. de la 7.ª ed. alemana por Jorge Boffil Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 340.

2. 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 ella 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.³ Entre esas vertientes hay una desarrollada fundamentalmente en Alemania respecto de la cual nos hemos ocupado en trabajos anteriores,⁴ 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*.⁵

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,⁶ 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 de su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad (artículos 1 y 2, Grundgesetz). Esa 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

³ BACRIE, Stéphane, *Le secret professionnel. Éléments constitutif*, Nouvelle Presses Universitaires de France, París 1999, págs. 35 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "El secreto bancario como secreto profesional en el Proyecto del Código Penal Español de 1980", en *Revista de Derecho Penal*, n.º 2, FCU, Montevideo, 1980, pág. 6.

⁴ CERVINI, Raúl, "Uruguayan Bank Secrecy-Regulation", en SEVERIN, Louis W. (comp.), *Recent Developments in Relation to Bank Secrecy*, Ladelt, Austin, 1990; del mismo tenor: "La dirección dogmática del secreto bancario en un Estado democrático de derecho", en <www.direitocriminal.com.br> (10.1.2001).

⁵ Cf. GONZÁLEZ GUITIÁN, 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 FERNÁNDEZ, t. VII, ed. Revista de Derecho Privado y Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986, págs. 63 y ss.

⁶ 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), págs. 1020 y ss.

la libertad. Así, en los años cincuenta las decisiones de los tribunales germanos comenzaron a reconocer en forma inequívoca este derecho general de la personalidad y con ello avanzaron decididamente en el reconocimiento del binomio intimidad/privacidad como el “último e inviolable reducto de la libertad humana”.

Inevitablemente se abrió a continuación un amplio debate, que aún 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 1953⁷ y entre los penalistas recogida por Henkel en 1957.⁸ 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*.⁹

A partir de lo dicho, la teoría de las esferas, en su formulación, que podríamos considerar como moderna y plenamente asimilable a la dogmática penal,¹⁰ 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. Esa 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

⁷ HUBMANN, Heinrich, *Das Persönlichkeitsrecht*, 2.ª ed., Köln-Graz, Böhlau, 1967 (1.ª edición, 1953), págs. 267 y ss.

⁸ HENKEL, “Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion”, en *Verhandlungen des Zweiundvierzigsten deutschen Juristentages*, Düsseldorf, 1957, Tubinga, C. B. Mohr, 1959, págs. 60 y ss.

⁹ Cf. HENKEL, op. cit., págs. D 80 y ss.

¹⁰ Véase la síntesis de BRICOLA, Franco, “Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1967, págs. 1083 y ss., que siguen también MORALES PRATS, Fermín, “Privacy y reforma penal: la propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal (1983)”, en *Documentación Jurídica*, 37-40, vol. 1, 1983, pág. 128 y ss., y GARCÍA VÍTORIA, Aurora, *La protección de la intimidad en el derecho penal y en la Constitución de 1978*, Pamplona, Aranzadi, 1983, págs. 20 y ss.

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 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 solo 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.

3. Hay que advertir que en la sistemática de esta moderna teoría de cerne constitucional, la separación entre las distintas esferas no es absoluta; 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 pase 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 Prats¹¹ que, en realidad, más que ante esferas

¹¹ Cf. MORALES PRATS, op. cit., pág. 129.

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 de él.

4. 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 sólo está legitimado a difundir el contenido de privacidad del primero si éste 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 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.¹²

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.

¹² Cf. MEYRE, Leon Henri, "Le secret professionnel du banquier et ses limites", en *Le secret bancaire et professionnel. Études e documents*, Union Internationale de Avocats, ed. Belleville-Reneaux, 2.^a ed., París, 1989, pág. 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.

5. En tal contexto, la protección de la intimidad trasuntada en el secreto tiene clara raigambre constitucional, de modo que resulta inherente a los paradigmas propios del Estado democrático republicano social de derecho, y por lo tanto se desprende, entre otras normas, del artículo 72 de la Constitución. También tiene como fuente el artículo 28 de la Carta, el cual dispone que los “papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general”.

Ese origen constitucional del secreto y del derecho a la intimidad puede en algunos casos excepcionales ser limitado por ley, pero esas leyes, además de responder al interés general, deben estar claramente dirigidas a una excepcional y taxativa intrusión en esa esfera. En otras palabras, la intrusión no puede extraerse de una interpretación, sino que debe estar claramente definida y limitada en la ley.¹³

2.

TRASCENDENCIA DE LOS DIFERENTES CRITERIOS SOBRE LOS ELEMENTOS DEL SECRETO EN CLAVE DE GARANTÍAS DE SUS TITULARES

1. Puede y debe avanzarse un poco más. Hace unos años hemos trabajado sobre los elementos que constituyen caracteres estructurales del secreto en general.¹⁴ Para esa ponencia partimos del concepto base de Crespi,¹⁵ difundido en nuestro medio en la estupenda obra de Bayardo *La tutela penal del secreto*.¹⁶ De acuerdo con dicho concepto, el secreto

¹³ Cf. PARDIN, Paolo, *VM Asociación Internacional de Seguridad Bancaria. Dossier B211*, París, 1993, págs. 8 y ss. En el mismo sentido, BASTIANI, Tulio, Informe 36/99: “Alcances del Secreto Profesional- Aspectos Generales y particulares”, presentado en la XXXIV Junta Interamericana de Calificación Bancaria, Nueva York, julio 2005.

¹⁴ CERVINI, Raúl, “El elemento estatutario del secreto como afirmación de las garantías”, en *Revista CEJ*, Centro de Estudios Judicarios do Conselho da Justiça Federal, año VII, Brasília, marzo de 2003, págs. 75 y ss.; el mismo artículo en su versión en italiano: “L’elemento statutario del segreto come strumento di garanzia”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Università di Urbino*, vol. IV, n.º 1, 2003, págs. 40 y ss.

¹⁵ CRESPI, *La tutela penale del segreto*, BRI, Palermo, 1952, pág. 19.

¹⁶ BAYARDO BENGOA, Fernando, *La tutela penal del secreto*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Sección III, CXVII, ed. Facultad de Derecho, Montevideo, 1961, págs. 16 y ss.

sería el “estatuto” (Bayardo lo recoge como “estado”) en cuya virtud, el titular de un interés actual y jurídicamente relevante, determina razonablemente, de acuerdo con la naturaleza de los objetos a que se refiere su conocimiento, que la cognición de éstos debe permanecer vedada a todos o reservada sólo a determinadas personas.

2. Dicho lo anterior, ¿cuáles serían los elementos o características estructurales del instituto de dicho secreto en general? Mayoritariamente se ha sostenido que lo son el *subjetivismo relativizado* (el secreto requiere de una actitud personal de principio del titular para dilucidar cuándo 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 del hecho por causas ajenas a su voluntad) Esto es lo que sostuvieron Bayardo y la casi unánime doctrina de su tiempo.¹⁷

3. Por nuestra parte, basándonos en ciertas reflexiones aisladas en la clásica obra de Crespi¹⁸ e incluso en la más reciente obra de Vitelli,¹⁹ hemos propugnado 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 su depositario el privilegio del sigilo, pero que a la vez le impone el deber de accionar en su defensa. Esta tesitura conlleva un claro carácter garantista, al dotar a su depositario ya no sólo de la facultad de ampararse en el sigilo, sino de la concreta obligación (no una simple acción discrecional) de protegerlo activamente, recurriendo a todas aquellas vías procesales y recursos a través los cuales esté en condiciones de concretar su más eficaz defensa. Esta concepción, que tiende a reforzar las garantías inherentes a un estatuto de sigilo constitucionalmente consagrado, ha recibido recientemente el respaldo de prestigiosa doctrina italiana.²⁰

¹⁷ *Ibidem*, págs. 17-26.

¹⁸ CRESPI, op. cit., págs. 33 y 41

¹⁹ VITELLI, Mario Andrea, *Tutela penale e nozione moderna di segreto*, Il Fisco, Roma-Milán, 1999, pág. 33.

²⁰ LO MONTE, Elio, “Il sistema delle garanzie. I profili caratterizzati del segreto”, en AA. VV., *I limiti e garanzie al potere dello Stato*, Gravina, Nápoles, 2005, págs. 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, págs. 12 y ss.

3.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS ELEMENTOS CLÁSICOS DE LA ESTRUCTURA DEL SECRETO. SUS LIMITACIONES

1. El *subjetivismo relativizado* es el elemento del secreto cuya esencia y alcance han justificado mayores divergencias doctrinarias a lo largo de la historia. Para la vertiente subjetivista (*criterio subjetivo*), el secreto radicaba exclusivamente en un acto de voluntad de su titular, único legitimado para investir de ese atributo de secreto a determinado hecho o cosa, integrante de su ámbito de intimidad. En cambio, para la concepción conocida como *criterio objetivo*, la existencia o no del secreto dependería de la propia naturaleza de los hechos o cosas, con independencia de la voluntad de su titular. También se esbozó históricamente una vertiente del criterio objetivo denominada *criterio extrínseco*, conforme a la cual la existencia del secreto estaba subordinada a la existencia de meros requisitos formales, signos externos idóneos para determinar, *per se*, la necesidad de dicho atributo.

Ya el tratadista De Marsico,²¹ seguido en nuestro medio por Bayardo, criticaba con sagacidad el criterio objetivo, señalando que en muchos casos su aplicación llevaba a una exagerada restricción de la órbita de los secretos, haciendo depender la existencia del instituto de meras contingencias externas y ajenas al sentido del bien jurídico, y otras veces ampliaba demasiado su ámbito de protección, comprendiendo dentro él hechos o cosas cuya reserva tuvo sentido en determinada época pero que posteriormente dejó sustancialmente de tenerlo. Por ello el citado autor propiciaba la “oportuna fusión” entre los criterios examinados, buscando el justo equilibrio entre las concepciones subjetivas y los criterios de determinación objetiva.

En el mismo sentido, Carrara afirmaba que el secreto no surge de la mera voluntad, sino de la voluntad razonada del titular, y será el magistrado el encargado de apreciar si el

²¹ DE MARSICO, *La nozione di segreto*, Archivo Penale, 1049, t. I, págs. 230 y ss.

titular ha sido razonable al aspirar a que determinado hecho o cosa de su esfera íntima sea revestido del carácter de secreto. Agregaba el maestro de Pisa que, si tal pretensión se basaba en un mero capricho, debía ser desestimada. O sea, que partiendo de principio de la voluntad del titular para atribuir el carácter de secreto a determinada cosa o vivencia, esto debe ser armonizado con la naturaleza misma de tales hechos o cosas, esto es, relativizado mediante la existencia de factores de carácter objetivo.²² Bien enseñaba Carballa, siguiendo la línea de Sabatini, Manfredi y Manzini, que el subjetivismo relativizado es la primera nota estructural esencial del secreto: “[...] esto es, subjetivismo del titular en cuanto se requiere su opinión personal, para discernir cuándo una situación tiene el respectivo atributo de reserva, cuyo momento de la voluntad está relativizado, porque no es discrecional, arbitrario o caprichoso, sino razonable por su armonía con la naturaleza misma del objeto a que se refiere”.²³

2. *Actualidad.* Se trata de otra nota característica del secreto, de suma importancia. Desde el punto de vista dogmático no ofrece grandes inconvenientes. La doctrina clásica italiana,²⁴ también recogida en nuestra doctrina por Bayardo,²⁵ trató de modo exhaustivo este elemento, destacando algunos aspectos de sumo interés. Pero estos aspectos no pueden ni deben ser interpretados aisladamente, sino de modo conglobado, a fin de que el instituto del secreto se explicita, conforme a su verdadera naturaleza, en un marco de efectiva racionalidad y garantías. En tal sentido, entendemos que la duración del estatuto del secreto no dependerá de la actualidad del hecho, cosa o situación protegida, sino de la actualidad del interés de preservar el secreto que concierne a su titular. Incluso éste puede tener legítimo interés en amparar en el sigilo cosas o hechos que originalmente no revistieron tal carácter, pero, en ambos casos, ese momento o instancia originaria subjetiva debe estar siempre relativizado por la naturaleza misma del hecho, cosa o situación que se pretende reservar. Este segundo parámetro permitirá evaluar —de acuerdo con la ya referida dirección dogmática del instituto— la justificación intrínseca de la vigencia actual del interés que pretende preservar el titular originario.

En época reciente ha señalado el publicista francés Meyre que tanto el subjetivismo como la actualidad expresan, por diferentes vertientes, la voluntad propia de quien preten-

²² CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, n.º 1645, nota 1.

²³ CARBALLA, *Delitos contra la patria*, Montevideo, 1951, pág. 146.

²⁴ CRESPI, op. cit., págs. 12 y 14; DE MARSICO, op. cit., pág. 231.

²⁵ BAYARDO BENGOA, op. cit., págs. 21 y ss.

de preservar un segmento sensible de su intimidad, pero que en ambos casos esa voluntad, a la vez originaria y originante (motriz), no puede ser omnicomprendiva e irrestricta; deberá ser subsidiariamente apreciada en un contexto más amplio, que trasciende las pretensiones del concernido individual para vincularse con la seguridad jurídica del colectivo.²⁶

3. *Relevancia jurídica.* Para que el conocimiento de un hecho o situación sea reservable, debe estar dotado de relevancia de derecho. Al decir del citado Meyre: “[...] la voluntad originaria y motriz del titular (tanto público como privado) que pretende la reserva de un segmento sustantivamente calificado de sus actividades o vivencias (hecho, cosa o situación) debe estar también necesariamente acompañada de un componente de derecho: un interés jurídicamente apreciable, o sea, de un interés que se ve recogido en el sistema de derecho en atención a su intrínseca relevancia o trascendencia en dicho ámbito (del derecho)”. El secreto debe basarse en una *ratio juris* legítimamente vinculante. El derecho no puede tutelar intereses ilegítimos ni fútiles, pues éstos carecen de relevancia jurídica. Agrega el mismo autor: “[...] la protección del sigilo de la intimidad sustantiva se legitima a partir de la virtualidad jurídica de su contenido”.²⁷

4. *Relativismo.* Como hemos visto, el secreto en general se caracteriza por no ser absoluto. Por ello, cuando el hecho, cosa o situación destinados a permanecer secretos de hecho cobran notoriedad y se hacen de conocimiento público, es decir, conocidos por otras personas diferentes de aquellas legitimadas legalmente para conocerlos, pierden inexorablemente el carácter de secreto, aunque tal notoriedad lo fuera por causas ajenas a la voluntad del interesado. En tal caso su divulgación no sería delictiva, ya que el tipo penal se habría desvanecido por ausencia de presupuesto. También se manifiesta el elemento relativo del secreto cuando el titular originante y motriz de tal pretensión de sigilo consiente en que se pueda revelar el hecho, cosa o situación que hasta ese momento estaba amparada por el sigilo.²⁸ Ello desvanece sistema de protección que pudiera imperar sobre la situación.²⁹

²⁶ MEYRE, Leon-Henri, “La protection du secret dans le contexte de la responsabilité”, en *Revue Droit des Sciences Économiques et de Gestion*, vol. VI, n.º 1, París, 2003, pág. 112.

²⁷ *Ibidem*, pág. 116.

²⁸ *Ibidem*, pág. 145.

²⁹ Cf. CRESPI, *op. cit.*, págs. 45 y ss.

5. *Limitaciones de la perspectiva clásica.* 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.³⁰

Pero ésta no es precisamente la limitación 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 de éste frente a eventuales ataques a los niveles tutelados de reserva.

4.

SENTIDO Y TRASCENDENCIA DEL ELEMENTO ESTATUTARIO

1. Adelantamos en el punto 2.3 que hemos propugnado la necesidad de un quinto elemento estructural del secreto: el *elemento estatutario*. 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 ban-

³⁰ Cf. BAYARDO BENGOA, op. cit., pág. 126.

cario, variedad del secreto profesional autonomizada normativamente (artículo 25 del decreto-ley 15.322).³¹

Al respecto corresponde recordar que la sentencia de la Suprema Corte de Justicia 430/95, verdadero *leading case* en la materia, de modo implícito a lo largo de toda su fundamentación, pero con afluencia explícita en el considerando IV, es contundente en el sentido de considerar a la institución financiera deudora del secreto no sólo como un soporte y custodio del deber de reserva, sino, consecuente y concomitantemente con ello, un sujeto revestido del derecho efectivo de oponerlo. Comentando esta pieza jurisprudencial, hemos señalado en trabajo anterior con el profesor Gastón Chaves³² que la sentencia de la Suprema Corte se construye precisamente sobre la base de la existencia de tal derecho (reflejo consecuente del estatuto de derecho-deber de la reserva bancaria) y en mérito a ello absuelve a la institución demandada respecto de la pretensión indemnizatoria.³³

Ésta es sin lugar a dudas la parte más innovadora de la sentencia: la incuestionable aptitud que se reconoce a la institución financiera, deudora del secreto, para oponerse por sí misma, y en función de una legitimación propia, a todo mandato (inclusive judicial) que no revista las condiciones legalmente exigibles para eximirla del deber de custodia del secreto; en otras palabras: el lugar que la sentencia adjudica a la facultad-deber de la institución deudora del secreto de abstenerse de revelarlo, no solamente frente al requeri-

³¹ Decreto-ley 15.322 del 17 de setiembre de 1982, art. 25: "Las empresas comprendidas en los artículos 1.º y 2.º 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 penitenciaría".

³² CERVINI, Raúl, y CHAVES, Gastón, "Comentario de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N.º 430/95 del 02/08/95", en AA. VV., *Secreto bancario en el Uruguay*, Fundación de Cultura Universitaria y Cámara de Entidades Financieras del Uruguay, Montevideo, 2.ª ed., 1996, págs. 124 y ss.

³³ Sentencia 430/95, cit. El considerando IV expresa: "Cabe recordar que cuando aún el secreto bancario no tenía consagración legal en nuestro país, la existencia de una obligación a cargo de las entidades bancarias de guardar secreto sobre las operaciones realizadas con sus clientes, fue siempre aceptada en forma unánime por la doctrina nacional. Así, Albanell Mac Coll con el apoyo de doctrina extranjera, afirmaba '*... el secreto debido por el banco es un derecho para el cliente que engendra para el banquero una obligación negativa, una obligación de no hacer alguna cosa, una prohibición de comunicar, de revelar hechos conocidos por las relaciones de negocios con su clienté. Pero esta obligación puede tener como consecuencia, en ciertos casos, la de engendrar también para el banquero un derecho, el derecho de oponer; en su calidad de deudor del secreto, una excepción a quienes intentaren hacerle faltar a su deber. El derecho del banquero de rehusarse a responder o informar no es otra cosa que la consecuencia lógica y legal, el corolario de su obligación de secreto existente a favor del cliente. Es el reflejo de su obligación de silencio*' [...]" ("Secreto bancario", en *LJU*, t. 51, pág. 141).

miento particular (donde le sería naturalmente más fácil oponerlo), sino, fundamentalmente, frente a los mandatos de la justicia, cuando éstos no guarden observancia (como no la guardaban en el caso juzgado) con la norma del artículo 25 del decreto-ley 15.322.

Lo que hace particularmente interesante la consideración del tema, a partir del incuestionable reconocimiento que la alta corporación realiza de tal derecho y legitimación, es preguntarse por el alcance y las consecuencias precisas de ese reconocimiento, aspecto que la sentencia no analiza en detalle porque no constituía exactamente el objeto de la decisión. O sea, cuáles son las circunstancias y límites de esta legitimación corporativa (correlato activo y necesario del deber de sigilo) en virtud de los cuales la institución financiera puede llevar adelante oposición a los mandatos infundados de la justicia en defensa de un interés aparentemente ajeno (el del cliente acreedor de secreto), pero adicional e intrínsecamente vinculado al estatuto funcional operativo que trasunta la actividad del banco y a la inherencia de la actividad que se pretende resguardar.

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.³⁴ En el caso bajo estudio de la Suprema Corte, el banco exhortado no tuvo la necesidad de extremar procesalmente su oposición, por cuanto la sede exhortante se conformó con la respuesta denegatoria. Pero bien podría plantearse la hipótesis de que el banco depositario del secreto bancario se viera obligado, ante la insistencia de la sede requirente, a implementar otro nivel más activo de defensa. Tal situación no es en modo alguno una creación de laboratorio, sino que puede presentarse (y de hecho ha ocurrido así) cuando no basta a la institución requerida la simple negativa para defender cumplidamente su deber legal de reserva, sino que para efectivizar tal defensa debe desarrollar una oposición procesal a la resolución judicial que dispone el levantamiento del secreto.

Hay en tales casos una situación de aparente dilema para la institución financiera, por cuanto los ejecutivos responsables de ella se verán ante la disyuntiva de cumplir un mandamiento judicial que consideran irregular (por la razón que fuere: porque no emana de juez autorizado, porque no está expresamente fundado, etc.), sacrificando el cumplimiento estricto de su deber originario de sigilo en beneficio de la “tranquilidad” de exonerarse de una eventual y posible imputación de desacato (que, fundada o no, llevaría el consiguiente riesgo para su libertad personal) o resistir legítimamente y conforme su deber funcional el cumplimiento de la resolución, con la concomitante exposición al riesgo ya aludido.

³⁴ MOCCIA, Sergio, *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1998, págs. 203 y ss.).

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.

En los numerales siguientes se enfocará nuestro tema desde los siguientes puntos de vista: legitimación activa corporativa del banco para defender el secreto del que es depositario con relación a la dogmática del desacato por desobediencia (1.2), los límites de la legitimación activa corporativa (1.3) y, finalmente, los medios procesales por los que la institución financiera podría ensayar su oposición a resoluciones judiciales ilegítimas y vulneratorias del secreto bancario a tutelar (1.4).

2. *Legitimación activa de las instituciones financieras.* Admitido que la institución financiera tiene el deber de secreto y, por consiguiente, el derecho de oponerlo, es pertinente la pregunta de cómo se conciliaría dicho deber de resistencia frente a un mandato judicial que no observara integralmente las exigencias legales para recabar la revelación de la información protegida.

En cuanto a la primera cuestión —esto es, la legitimación corporativa de la institución para oponer el secreto—, es tiempo de decir que nunca la ley consagra de modo más enérgico tal legitimación, derivada de deber exigible, como cuando somete el incumplimiento de tal deber a las responsabilidades más estrictas en el plano civil, administrativo y penal. Así surge ello inequívocamente de la referencia contenida en la oración final del primer inciso del artículo 25 del decreto-ley 15.322, cuando establece que la revelación sólo puede efectuarse en las condiciones de mandato judicial fundado, en las situaciones ya aludidas, “[...] y en todos los casos, sujeto a las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud”.

Se ha discutido a quién conciernen las señaladas responsabilidades, en el sentido de quién está “sujeto” a ellas, aparente confusión que se produce por cuanto la palabra *sujeto* empleada por la ley parece pretender una función de adjetivo que realmente no tiene (es por ello que no es posible concordarla con ningún sustantivo dentro de las respectivas oraciones). El sentido de la oración se advierte en la medida en que se le da a la referida palabra la función adverbial que tiene en el ablativo: la frase adverbial indica el modo en que se cumple la revelación, esto es, con sujeción “a las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud”. El único alcance gramaticalmente lícito que se le puede dar a la expresión es considerarla un adverbio de

modo: en el entendido de que *sujeto* equivale a 'con sujeción', lo que no sólo clarifica el lenguaje sino, lo que es más relevante, el sentido de la norma.

La sujeción a las responsabilidades más estrictas se bifurca con idéntica energía y proyección jurídica, en la medida en que atañe tanto a quien solicita el relevamiento del secreto bancario con falta de fundamento como a quien da la información protegida frente a idéntica ausencia de fundamentación. La sujeción a las responsabilidades no es otra cosa que exigibilidad de los respectivos deberes (institucional, de parte del juez; profesional, de parte de la institución financiera) que cada parte asume con relación al objeto protegido. No habría, por otra parte, razón lógica para entender que el incumplimiento de uno del respectivo deber exonera al otro del cumplimiento del suyo. La protección se ha dispuesto inequívocamente como un estatuto que se impone unilateralmente y con idéntica fuerza a cada uno de los actores en el secreto. De ahí surge el argumento más contundente en favor de la legitimación procesal corporativa de la institución financiera. Es a partir de esta incontestable presencia procesal que se le reconoce en la sentencia, que debe discernirse acerca de sus concomitantes limitaciones y facultades.

Es pensable como limitación en tal ejercicio el aparente avasallamiento que la facultad-deber de oponer el secreto podría sufrir en caso de mandato judicial irregular, si bastara para el relevamiento la mera autoridad de la decisión, con independencia de su falta de contenido legítimo. Bajo tal aspecto, la oposición del banco manifestada al juzgado requirente, en el sentido de rehusar entrega de información, basada en el deber de reserva y en que el mandato judicial no cumple los requisitos legales para proceder al debido relevamiento, podría verse como una desobediencia abierta al mandato de la autoridad judicial, *prima facie* constitutiva del delito de desacato. En tal sentido, el cumplimiento del derecho-deber de reserva guarda una inquietante similitud con la situación del peatón que en Montevideo se dispone a cruzar la calzada por una cebra: tiene el derecho, pero su ejercicio no deja de constituir un riesgo.

Es obvio que debe existir un criterio apto para separar la actividad lícita (y aun exigible) de oposición del confidente necesario, de su posible responsabilidad penal.

Los criterios delimitativos deben buscarse dentro de la dogmática de la figura del desacato. Y, efectivamente, en ella se encuentran las soluciones. Una vez más: la negativa declarada al mandato judicial sobre tales supuestos de relevamiento irregular ¿se inscribiría de por sí en la figura del desacato previsto en el artículo 173 del Código Penal? Creemos que no. La conclusión debe ser clara y terminantemente negativa, y puede fundarse

tanto en el plano de la tipicidad³⁵ como en el plano de la antijuridicidad. Aun afirmada la tipicidad de una conducta, la responsabilidad penal de ella derivada puede excluirse si en el plano de la antijuridicidad se verifica la existencia de una norma permisiva que la legitime, a despecho de su tipicidad. El resultado del análisis en tal aspecto puede hacerse en una doble vertiente: sustancial y formal.³⁶

³⁵ En el *plano de la tipicidad*, la doctrina se ha preguntado por el significado de la expresión *abierta*, que en el art. 173 del Código Penal uruguayo adjetiva a la desobediencia opuesta al mandato de la autoridad, exigible para que lleve la conducta a la relevancia del desacato. BAYARDO BENGEO (*Derecho penal uruguayo*, t. IV, págs. 301 y 302), luego de establecer que la cuestión al respecto no es sencilla, se pliega a la solución de la jurisprudencia española, para la que la desobediencia implica “una oposición cierta, positiva y persistente al mandato de la autoridad desobedecida, de tal índole y trascendencia que revista verdadera gravedad, por implicar en el agente el propósito manifiesto de desprestigiarle en las funciones que le están encomendadas por la organización social” (cita de RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina penal del Tribunal Supremo*, t. II, pág. 2590). Según la referida jurisprudencia, los criterios empíricos que fundan la entidad de la desobediencia surgen ya “por la trascendencia de la orden desobedecida, ya porque las circunstancias concurrentes en el acto del rebelde revelan una especial desconsideración hacia la autoridad de quien dimana la orden” (ibídem). Creemos que la interpretación aludida es la que permite conciliar dos expresiones del art. 173 que construyen la tipicidad del desacato: la desobediencia debe ser “abierta” porque la conducta se cumple “menoscabando” la autoridad del funcionario. Es innegable el sentido direccional menoscabante que la figura tiene en sus dos formas de estructuración (desacato por ofensa y por desobediencia), sentido que destaca magistralmente SOLER (*Derecho penal argentino*, t. V, TEA, Buenos Aires, 1978, págs. 123-124), aunque con relación exclusiva al desacato por ofensa *propter officium*: “No diremos pues, que nuestra ley requiera la presencia; pero sí la dirección objetiva e intencional de la contumelia a la persona, para que ésta la perciba y sienta la herida. Esa orientación subjetiva debe responder a dolo directo; la representación de la posibilidad de que la injuria llegue a conocimiento, no basta; eso es dolo eventual con respecto a la dirección, lo cual vale tanto como decir que la manifestación no estaba dirigida, esto es, inequívocamente enderezada”. El mismo autor, más adelante, concluye expresando: “Si no existe esa dirección mortificante para la persona y despectiva para su autoridad, no hay desacato”. En concordancia con la doctrina citada, entendemos que no basta la simple materialidad de la desobediencia, sino que ésta, para dar vida a la figura examinada, debe ser direccional, en el propósito directo de menoscabar la autoridad del funcionario. Con palabras del Tribunal Supremo español ya referidas, el “propósito manifiesto de desprestigiarle en las funciones que le están encomendadas por la organización social”. La simple negativa, aunque revista el carácter de proclamada (en el sentido de haber sido comunicada a la sede judicial competente), no constituye desacato si al mismo tiempo no resulta determinada o animada por el propósito menoscabante de la autoridad del tribunal. Nos parece que es ésta una conclusión importante porque la vida práctica registra con relativa frecuencia —y no sólo en cuestiones tocantes al secreto bancario— una suerte de idolatría penalizante respecto de la imperatividad de las decisiones judiciales, en el sentido de que su simple incumplimiento o desobediencia constituirían en sí y por sí delito de desacato. Naturalmente, es deseable que las decisiones judiciales, como las de toda autoridad, se cumplan, en la medida en que sean legítimas, pero no que para garantizar su inexorable cumplimiento se invoque, explícita o implícitamente, una responsabilidad penal que no siempre se perfila ni corresponde. Una vez más, el desacato no es pura desobediencia, sino desobediencia manifestada con sentido de menoscabo de la autoridad.

³⁶ En el *aspecto sustancial del plano de la antijuridicidad*, ha venido a preguntarse si existe la obligación de acatar en todo tiempo y circunstancias la orden de la autoridad, con independencia de la eventual ilegitimidad (aunque ésta aparezca *ictu oculi*) que pueda padecer, o si, por el contrario, existe en la persona hacia quien la orden es dirigida la facultad de examinar su corrección jurídica. La solución de que el ciudadano debe obedecer el mandato de la autoridad, por monstruosamente ilegítimo que sea, como si el único derecho que le quedara a aquél fuera el de la obediencia (que es, correlativa y primeramente, un deber), puede considerarse definitivamente erradicada de nuestra doctrina. Así se pronuncia, por ejemplo, SOLER (*Derecho penal argentino*, págs. 107-108): “Este criterio [el de la obediencia irrestricta] responde a un concepto autocrático claro, que sacrifica en principio y en todo caso los derechos de los ciudadanos en áreas no de la ley, sino de la autoridad, porque acuerda preferencia siempre al órgano aun en el caso en que proceda abusivamente, que es precisamente el que interesa. [...] Tal principio, propio de un código del tipo del italiano de 1930, contraría directamente un sistema en el cual nadie esté obligado a hacer lo que no manda la ley [...]”. Luego de prevenir que el “rechazo de ese criterio, ni quiere decir que los actos de autoridad estén entregados a la libre apreciación de los particulares ni que se sancione la anarquía” (ibídem, pág. 108), establece determinadas pautas objetivas y

Como vemos y a vía de conclusión, la simple negativa del requerido (la institución financiera, en el caso) de cumplir un mandato judicial no es connotativa de tipicidad (en la medida en que está desprovista del propósito de menoscabar la autoridad), y lo mismo ocurre con la antijuridicidad (por cuanto la resolución infundada causa agravio y es susceptible de impugnación a mérito de la presencia de un deber en la cabeza de la institución financiera, que ésta debe cumplir bajo apercibimiento de responsabilidad profesional y penal).

3. *Límites de la legitimación activa corporativa.* Se trata entonces de precisar el ámbito dentro del cual la institución requerida puede desatender legítimamente el mandato judicial.

El caso de jurisprudencia anotado es, como decíamos, sumamente claro en cuanto a la improcedencia del exhorto judicial, por cuanto la justicia civil, salvo cuando se trate del cumplimiento de obligaciones alimentarias, carece en absoluto de competencia para levantar la reserva bancaria.

De manera que, ciertamente, el criterio de la Corte es inequívocamente afirmativo en el sentido de propiciar la facultad de examen de la institución requerida cuando es

subjetivas dentro de las cuales cabe la resistencia legítima al mandato de la autoridad. Entre tales situaciones, analiza el caso de órdenes que no revisten la calidad de mandatos ejecutoriados, emitidos tras el agotamiento de todas las instancias y, por consiguiente, con calidad de cosa juzgada, sino de casos dudosos, que “serán aquellos en los cuales se impartan órdenes que no presupongan un previo examen procesal decisorio y que dependan de resoluciones libradas a la discreta apreciación del órgano mismo” (op. cit., pág. 109)”. Para estos casos, algunos recurren a la gravedad o a la irreparabilidad. CARRARA rechaza, con razón, la idea de imponer la obligación de soportar un daño por el solo hecho de que sea reparable” (ibídem). Y concluye: “En síntesis, descartada la imposibilidad jurídica de discutir la validez de una orden, por haber sido procesalmente examinada la procedencia de emitirla, para que sea impune la resistencia se precisa, o bien que la orden sea realmente ilícita y tal ilicitud sea patente incluso para el destinatario, o bien que éste la crea positivamente indebida y causante de un agravio que no está obligado a soportar. Si el resistente duda, obra a su riesgo, en lo cual este delito no diverge mucho de la regla, pues en general el que en la duda obra, está en dolo. Si la orden era ilícita, no hay delito; pero si no lo era, el renitente responde” (ibídem). En lo que refiere al *aspecto formal*. Precisamente, el carácter de agravante que, según SOLER, debe tener la orden o mandato para constituirse en ilegítima y habilitar su desobediencia, incide en el segundo aspecto del análisis de juridicidad, el aspecto formal. En éste no cabe olvidar que las providencias judiciales son recurribles por aquél a quien agravian. Específicamente lo son por vía del recurso de apelación con efecto suspensivo. Y esto acarrea la facultad de abstenerse legítimamente de cumplir el mandato judicial. En su lugar (cap. II), al referirnos a la legitimación, hemos intentado demostrar que la institución financiera, como confidente necesaria del secreto bancario, ha sido enérgicamente señalada por la ley, bajo apercibimiento de una triple responsabilidad, como obligada a defenderlo. De ahí nacen su legitimación y su capacidad de agravio y de ahí, consecuentemente, su facultad de oponerse procesalmente al mandato judicial agravante. En el caso de jurisprudencia analizado, es notorio que la institución no cumplió el mandato judicial, ni podría haberlo hecho válidamente, por cuanto, en las circunstancias relevadas por el fallo de casación, éste era ilegítimo al no estar fundado. Nadie pensó en movilizar los mecanismos de responsabilidad penal por ello. Mucho menos cuando, precisamente, de la ausencia de fundamento de la resolución podría derivarse, en caso de revelación de la información protegida, responsabilidad penal para la persona funcional-operativamente vinculada a ella, si la hubiera revelado.

patente la incompetencia o la falta de jurisdicción de la sede judicial exhortante para requerirla. Por cierto que esta conclusión se procesa a partir de la determinación de que lo que la sede civil realiza, sustancialmente, es una solicitud de información bancaria reservada que no le está autorizado solicitar, ya sea por vía directa u oblicua. El criterio del fallo es, inequívocamente, en el sentido de afirmar la incompetencia absoluta de la sede civil para requerir información bancaria.

En este primer aspecto (incompetencia manifiesta del juzgado exhortante), se valida la negativa de la institución financiera como un caso claro.

La cuestión no presenta la misma sencillez cuando se juzga de los requerimientos de la justicia que sí es, en principio, competente por razón de materia para requerir la información, ya sea cuando se trate de una obligación alimentaria o de averiguación de delito, por parte de una Sede Penal.

Sin duda, en ejercicio de su deber-derecho de reserva, la institución puede oponerse a revelar información protegida cuando la resolución no aparece fundada. La duda empieza precisamente en punto a entender cuál es el “fundamento” suficiente de la resolución para relevar a la institución de su deber de sigilo y de su correlativa responsabilidad hacia su cliente.

En trabajos anteriores hemos explicitado que no basta la simple referencia formal, contenida en la comunicación del exhortante, en el sentido de que la resolución tiene fundamento.³⁷ Es menester que se proporcione al banco —custodio del secreto— la visibilidad de las razones en virtud de las cuales se requiere la cancelación del sigilo. Como ha explicado Tarigo,³⁸ la acepción de *fundada* que adjetiva al sustantivo *resolución* es tanto como ‘apoyar una cosa con razones eficaces’, ‘con seriedad, con formalidad’. Refiriéndose al secreto bancario helvético, el publicista Aubert alude en caso similar a la necesidad de una “explicitación suficiente”, aquella requerida “como para que una conducta en principio antijurídica (revelación del secreto) se valide como lícita”.³⁹

En el sentido en que venimos analizando la tutela del secreto bancario, tocante con igual fuerza y responsabilidad tanto al juzgado requirente como al banco requerido, es obvio que el análisis del fundamento atañe, desde diferente perspectiva, no sólo a la sede judicial, sino también a la institución financiera, a la cual, si bien no compete el examen

³⁷ CERVINI, “Alcances...”, op. cit., págs. 59 y ss.

³⁸ TARIGO, Enrique, “La resolución fundada que releva de guardar secreto bancario y su control por parte de las instituciones financieras en obra colectiva”, en AA. VV., *Secreto bancario...*, op. cit., pág. 77 y ss.

³⁹ AUBERT, Maurice, y otros, *Le secret bancaire suisse*, Staempfli, Berna, 1982, pág. 127.

de mérito de la resolución, sí le corresponde la verificación de que los argumentos manifestados en la resolución judicial tengan un mínimo de seriedad como para constituirse en explicitación suficiente, a partir de la cual la institución involucrada pueda desligarse de su responsabilidad propia, por la entrega de la información bancaria a la sede requirente, que mantendrá, en todo caso, la suya.

En parcial disenso respecto de un párrafo puntual de la posición del profesor Tarigo,⁴⁰ quien sostiene que la entidad financiera “no puede entrar al análisis de los fundamentos de la resolución, para adoptar una actitud u otra, según los comparta o no los comparta”, entendemos que, si bien ello es en principio cierto, no excluye la obligación del banco de rehusar aquella información requerida a través de una resolución cuyo fundamento es *in actu oculi* inconducente; cuando *in continenti* la resolución traduce en sí misma su falta intrínseca de fundamento.

En un trabajo anterior con el colega Chaves,⁴¹ hicimos alusión a un caso citado por Bergstein,⁴² en el cual un banco local había sido requerido a dar información atinente a un cliente, a instancia de un exhorto de la justicia argentina carente en sí mismo de fundamentación. También en este sentido debemos recordar la exigibilidad, tratándose de medidas de cooperación internacional de segundo grado (aquellas susceptibles de causar gravamen irreparable), del requisito de la doble incriminación, por mediación del cual resulta absolutamente inadmisibles que como fundamento del descaecimiento de la tutela del secreto prospere la invocación de una conducta que, aunque sea delictiva en el extranjero, no lo sea en nuestro territorio. En tales casos, la falta de fundamento de un exhorto de relevamiento podría surgir *in continenti* si de su propia fundamentación se desprendiera que la justicia uruguaya obraba a requerimiento extranjero de investigación de hecho penalmente irrelevante en nuestro derecho.

En resumen, si bien no puede llevarse la legitimación de las instituciones al punto de ser, además de custodias del secreto bancario de su cliente, patrocinantes oficiosas del derecho de éste frente al mérito intrínseco de la investigación —actividad que compete al concernido por ella—, sí es preciso afirmarla en el sentido de ser custodias eficaces y

⁴⁰ TARIGO, op. cit., pág. 77 y ss.

⁴¹ CERVINI, Raúl, y CHAVES, Gastón, “Legitimación de los sujetos eventualmente afectados por medidas de cooperación judicial penal internacional para intervenir procesalmente en el decurso de esas instancias”, en AA. VV., *Curso de cooperación penal internacional*, Valenca, Río de Janeiro, 1994; Carlos Álvarez, Montevideo, 1994, pág. 101 y ss.

⁴² BERGSTEIN, Nahum, *El delito de violación del secreto bancario*, FCU, Montevideo, 1987, pág. 118.

diligentes del bien que la ley les manda proteger. Si bien no les corresponde 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 que, en segundo lugar, 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 relevar, como es el caso de la sentencia anotada, y, segunda, cuando la aducida fundamentación es en sí misma 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 el hecho investigado no tiene apariencia delictiva. Lo que es exigible al banco, en definitiva, es una suerte de *calificación de grado* a la que alude plásticamente Moulin como “condición liberatoria del debido sigilo”.⁴³

Como vemos, se trata de un deber que trasciende el mero examen de la formalidad del documento, aunque ésta deba también ser objeto de ese examen, pero en su exacto límite jurídico no habilita a la institución a irrumpir con el examen de las entrañas del mérito, como si se pusiera en cuestión la verdad de los hechos investigados o la pertinencia instructoria del relevamiento dispuesto. Su alcance y sentido es otro muy diferente y se vincula en forma exclusiva al nivel de resguardo del bien tutelado que fue asignado legalmente al confidente necesario corporativo.⁴⁴

El ingreso irrestricto en la sustancia por parte del banco no solamente desmedraría la competencia del oficio, sino que concomitantemente constituiría una indebida sustitución de las facultades del concernido más directo (el cliente afectado por la resolución). Correlativamente, detenerse ante la mera formalidad implicaría una clara desnaturalización del estatuto de derecho y también de deber puesto a cargo de la institución.

4. *Medios procesales para hacer efectiva la legitimación activa corporativa en la normativa uruguaya.* En cuanto a los medios procesales de que dispone el banco para hacer efectiva su oposición a las resoluciones carentes de fundamento (ya lo sean por ausencia de expresión o de suficiencia lógica de éste), el asunto ha sido profundizado anteriormente.⁴⁵

⁴³ MOULIN, Robert, *Le secret professionnel du banquier et ses agents*, Risier, Zurich, 1989, pág. 67.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 73.

⁴⁵ CERVINI, Raúl, y CHAVES, Gastón, *op. cit.*, págs. 101 y ss.

En síntesis, pensamos, con el profesor Tarigo,⁴⁶ que en el contenido decisorio de la resolución y en la posibilidad cierta de causar gravamen irreparable al titular de derecho involucrado se encuentra la naturaleza de interlocutoria de aquélla y su susceptibilidad a los recursos de reposición, apelación subsidiaria y nulidad. Va de suyo que tales recursos deben otorgarse con efecto suspensivo, no sólo porque la reforma introducida en el CGP (que habilita recursos de apelación sin efecto suspensivo) no alcanza la materia penal, sino también por la propia inherencia de la cuestión: no concederse el recurso con efecto suspensivo significaría, en definitiva, consumir el perjuicio que el recurso precisamente debe precaver.

La tesis propugnada, en el sentido de la legitimación y los medios procesales para viabilizarla, encuentra respaldo en normas constitucionales (artículos 12, 30, 66, 72 y 332), en el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 8), que pasó a ser ley interna del Uruguay en virtud de lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 15.737 del 8.3.85, y también procede por vía de integración analógica en mérito a lo dispuesto en el artículo 5 del Código General del Proceso.⁴⁷

5.

REFLEXIONES FINALES

1. En el decurso de nuestra exposición hemos procurado demostrar, acudiendo a la moderna *teoría de las esferas*, que el *secreto*, en general, se vincula centralmente a la tutela del binomio intimidad-privacidad, y que en una visión progresivamente concéntrica de su tutela penal termina constituyendo, en clara sincronía funcional, el último e inviolable reducto de la libertad. Por ello la jerarquía del bien jurídico tutelado impone una cuidadosa protección de su cerne, que se explicita en la efectiva defensa del secreto.

⁴⁶ TARIGO, Enrique, "La sentencia interlocutoria anómala, irregular o encubierta. Su apelabilidad", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1979, págs. 76 y ss.

⁴⁷ En el derecho comparado, varios autores trabajan sobre la fundamentación constitucional de la legitimación activa del confidente necesario, particularmente FAJARDO, G., "Fundamentación y protección constitucional del secreto bancario", en *RDBB*, n.º 39, julio-setiembre, Valencia, 1990.

2. La visión clásica de los elementos estructurales del secreto, reducidos al subjetivismo relativizado, actualidad, relevancia jurídica y relativismo, limita de modo sustancial y adjetivo la defensa efectiva del bien jurídico. Posibilitan una definición estática del secreto pero no habilitan vías para su defensa activa.

3. Propugnamos la necesidad de jerarquizar un quinto elemento estructural del secreto: *el carácter estatutario*, implícito en su propia naturaleza y normalmente inadvertido por la doctrina y la jurisprudencia. La admisión de este nuevo elemento permite que el instituto a proteger se perciba como un estatuto integral de derecho-deber, que al tiempo que otorga a su titular el derecho al sigilo, también le impone la obligación de accionar en su defensa.

4. Esta definición se traduce, en orden a las garantías, en las diversas manifestaciones del secreto legalmente consagradas. Para la clarificación del sentido y el alcance del *elemento estatutario* hemos recurrido a ejemplarizar por medio de la tutela de una de sus vertientes más relevantes: el secreto profesional bancario uruguayo, consagrado explícitamente en el artículo 25 del decreto-ley 15.322. Este análisis se ha realizado acudiendo a la reinterpretación de algunos pasajes de la sentencia 430/95 de la Suprema Corte de Justicia, estudiando los alcances y las limitaciones de la legitimación activa de las instituciones financieras en defensa del secreto, para finalizar con el análisis de los medios procesales idóneos para hacer efectiva dicha legitimación activa dentro de la legislación nacional.

5. Pensamos que tras el desarrollo de la propuesta, sus corroboraciones intradogmáticas y procesales, no puede existir duda razonable sobre la pertinencia de considerar al *elemento estatutario* como uno más de los elementos estructurales del secreto (el quinto). Probablemente es el componente que permite la comprensión más adecuada, coherente y conglobada de los demás elementos del bien tutelado. Lo que es más importante: viabiliza los márgenes de tutela activa más eficaces para la preservación de las garantías que son inherentes a un instituto de tanta trascendencia jurídica y humana como lo es el secreto.

BIBLIOGRAFÍA

- AUBERT, Maurice, y otros, *Le secret bancaire suisse*, Staempfli & Cie., Berna, 1982.
- BACRIE, Stéphane, *Le secret professionnel. Éléments constitutif*, Nouvelle Presses Universitaires de France, París, 1999.
- BASTIANI, Tulio, Informe 36/99: "Alcances del Secreto Profesional. Aspectos generales y particulares", presentado en la XXXIV Junta Interamericana de Calificación Bancaria, Nueva York, julio 2005.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "El secreto bancario como secreto profesional en el proyecto del Código Penal Español de 1980", en *Revista de Derecho Penal*, n.º 2, FCU, Montevideo, 1980.
- BAYARDO BENGOA, Fernando, *La tutela penal del secreto*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Sección III. CXVII, Montevideo, 1961.
- BERGSTEIN, Nahum, *El delito de violación del secreto bancario*, FCU, Montevideo, 1987.
- BOGGIO, C.; CAPONI, E., y COACCIOLI, A., "Secret bancaire en droit italien", en *Séminaire de Droit Bancaire*, Ginebra, 2-3 de febrero de 1996.
- BRICOLA, Franco, "Prospetive e limiti della tutela penale della riservatezza", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1967.
- CARBALLA, *Delitos contra la patria*, Montevideo, 1951.
- CARPANI, Aldo, "La nuova tutela penale del segreto. Nozione e garanzie", informe para la XII Reunión Conjunta de Consejos de Dirección y Consultivo Internacional del ICEPS, Doc. BM/34/05, Nueva York, diciembre de 2005.
- CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, n.º 1645, nota 1, Temis, Bogotá, 1977.
- CERVINI, Raúl, "Alcances del secreto bancario en el Uruguay", en AA. VV., *Secreto bancario en el Uruguay*, 2.ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996.
- "La dirección dogmática del secreto bancario en un Estado democrático de derecho", en <www.direitocriminal.com.br> (10.1.2001).
- "El elemento estatutario del secreto como afirmación de las garantías", en *Revista CEJ*, Centro de Estudos Judiciarios do Conselho da Justiça Federal, año VII, Brasilia, marzo de 2003.
- "L'elemento statutário del segreto come strumento di garanzia", en *Rivista Trimestrale di Diritto Università di Urbino*, vol. IV, n.º 1, 2003.

- “Uruguayan Bank Secrecy - Regulation”, en SEVERIN, Louis W. (comp.), *Recent Developments in Relation to Bank Secrecy*, Ladelt, Austin, 1990.
- CERVINI, Raúl, y CHAVES, Gastón, “Comentario de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia n.º 430/95, del 02/08/95, en AA. VV., *Secreto bancario en el Uruguay*, 2.ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996.
- “Legitimación de los sujetos eventualmente afectados por medidas de cooperación judicial penal internacional para intervenir procesalmente en el decurso de esas instancias”, en AA. VV., *Curso de Cooperación Penal Internacional*, Valenca, Río de Janeiro 1994, Carlos Álvarez, Montevideo, 1994.
- CRESPI, *La tutela penale del segreto*, BRI, Palermo, 1952.
- DE MARSICO, “La nozione di segreto”, en *Archivio Penale*, 1049, t. I, Padua, 1956.
- ESTADELLA YUSTE, O., *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Tecnos, Madrid, 1995.
- FAJARDO, G., “Fundamentación y protección constitucional del secreto bancario”, en *RDBB*, n.º 39, Valencia, julio-setiembre 1990.
- FLECK MOYANO, Patricia Luján, “European Community Bank Secrecy”, Inform Melbure Superior Institute, publicado en *Business Law (International)*, Londres, setiembre de 1999.
- GARCÍA VITORIA, Aurora. *La protección de la intimidad en el Derecho penal y en la Constitución de 1978*, Pamplona, Aranzadi, 1983.
- GIANFELICI, E., *Il segreto bancario. Norme civili, penali e fiscali*, Giuffrè, Milán, 1996.
- GONZÁLEZ GUITIÁN, 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 FERNÁNDEZ, t. VII, ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1986.
- HENKEL, “Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion”, en *Verhandlungen des Zweiundvierzigsten Deutschen Juristentages*, Dusseldorf, 1957, Tubinga, C. B. Mohr, 1959.
- HUBMANN, Heinrich, “Das Persönlichkeitsrecht”, 2.ª ed., Böhlau, Köln-Graz, 1967 (1.ª ed., 1953).
- LO MONTE, Elio, “Il sistema delle garanzie. I profili caratterizzati del segreto”, en AA. VV., *I limiti e garanzie al potere dello Stato*, Gravina, Nápoles, 2005.
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962.
- MAURACH, Reinhart, y ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, t. I, trad. de la 7.ª ed. alemana por Jorge Boffil Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994.

- MEYRE, Leon-Henri, “La protection du secret dans le contexte de la responsabilité”, en *Revue Droit des Sciences Économiques et de Gestion*, vol. VI, n.º 1, París, 2003.
- “Le secret professionnel du banquier et ses limites”, en *Le secret bancaire et professionnel. Études e documents*, Union Internationale de Avocats, Belleville-Reneaux, 2.ª ed., París, 1989.
- MOCCIA, Sergio, “La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale”, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1998.
- MORALES PRATS, Fermín, “*Privacy* y reforma penal: La propuesta de anteproyecto del nuevo Código Penal (1983), en *Documentación Jurídica*, 37-40, vol. 1, 1983.
- MOULIN, Robert, *Le secret professionnel du banquier et ses agents*, Risier, Zurich, 1989.
- PARDIN, Paolo, “VM Asociación Internacional de Seguridad Bancaria. Dossier B211”, París, 1993.
- TARIGO, Enrique, “La resolución fundada que releva de guardar secreto bancario y su control por parte de las instituciones financieras”, en AA. VV., *Secreto bancario en el Uruguay*, 2.ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996.
- “La sentencia interlocutoria anómala, irregular o encubierta. Su apelabilidad”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1979.
- VITELLI, Mario Andrea, *Tutela penale e nozione moderna di segreto*, Il Fisco, Roma-Milán, 1999.
- WESTIN, Alan F., “Science, Privacy, and Freedom: Issues and Proposals for the 1970’s”, en *Columbia Law Review*, 66 (1966).