

FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO

**“EL DERECHO AL SECRETO BANCARIO EN EL PERÚ:
TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS
DEL ESTADO PERUANO PARA COMBATIR LA
EVASIÓN Y ELUSIÓN TRIBUTARIA”**



PRESENTADO POR
CESAR MARTI VILLEGAS LEVANO

ASESOR
EDUARDO EMILIO HERNANDO NIETO

TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN DERECHO

LIMA – PERÚ
2024



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



UNIDAD DE POSGRADO

**“EL DERECHO AL SECRETO BANCARIO EN EL PERÚ:
TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS DEL
ESTADO PERUANO PARA COMBATIR LA EVASIÓN Y ELUSIÓN
TRIBUTARIA”**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN DERECHO

PRESENTADO POR:

Mg. CESAR MARTI VILLEGAS LEVANO

ASESOR:

DR. EDUARDO EMILIO HERNANDO NIETO

LIMA-PERÚ

2024

DEDICATORIA:

A Carmen Rosa y a Alfredo, mis padres, que siempre me han impulsado a ser cada vez un mejor profesional. A mis hijos, Andrea, César y Leonardo que siempre han estado acompañándome, siendo un motivo de superación.

AGRADECIMIENTOS:

A mi asesor, doctor Eduardo Hernando Nieto, por sus recomendaciones y preocupación. A mi familia por su constante impulso y motivación durante el presente proceso de investigación.

ÍNDICE GENERAL

EL DERECHO AL SECRETO BANCARIO EN EL PERÚ: TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL Y LAS POLÍTICAS DEL ESTADO PERUANO PARA COMBATIR LA EVASIÓN Y ELUSIÓN TRIBUTARIA

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTOS.....	iii
ÍNDICE GENERAL.....	iv
ÍNDICE DE GRÁFICOS.....	xii
ÍNDICE DE TABLAS.....	xiii
RESUMEN.....	xiv
ABSTRACT.....	xvi
INTRODUCCIÓN.....	xviii
CAPITULO I: MARCO TEÓRICO.....	1
1.1. Antecedentes de la investigación.....	1
1.2. Bases teóricas.....	10
1.2.1. La institucionalidad del secreto bancario.....	10
1.2.2. Excepciones al secreto bancario.....	11
1.2.3. El secreto bancario y el derecho a la intimidad.....	13
1.2.4. El secreto bancario como derecho fundamental.....	15
1.2.5. Interés público y secreto bancario.....	16

1.2.6. Evasión y elusión tributaria.....	18
1.2.7. Facultad de fiscalización.....	21
1.2.8. Facultades discrecionales.....	23
1.3. Definición de términos básicos.....	25
1.3.1. Secreto bancario.....	25
1.3.2. Entidades bancarias.....	26
1.3.3. Operaciones bancarias.....	27
1.3.4. Operaciones pasivas.....	27
1.3.5. Operaciones activas.....	28
1.3.6. El tributo.....	30
1.3.7. Características del tributo.....	32
1.3.8. Clasificación del tributo.....	32
1.3.9. El acreedor tributario.....	33
1.3.10. El deudor tributario.....	34
1.3.11. El contribuyente.....	35
1.3.12. La obligación tributaria.....	35

CAPÍTULO II: FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN, HIPÓTESIS DE TRABAJO, OBJETIVOS POR ALCANZAR Y METODOLOGÍA APLICADA.....38

2.1. Descripción de la situación problemática.....	38
2.2. Formulación del problema.....	48
2.2.1. Problema principal.....	48
2.2.2. Problemas específicos.....	48

2.3.	Hipótesis.....	49
2.3.1.	Hipótesis principal.....	49
2.3.2.	Hipótesis secundaria.....	49
2.4.	Objetivos de la investigación.....	49
2.4.1.	Objetivo general.....	49
2.4.2.	Objetivos específicos.....	50
2.5.	Justificación de la investigación.....	50
2.5.1.	Importancia de la investigación.....	50
2.5.2.	Viabilidad de la investigación.....	52
2.5.3.	Limitaciones de estudio.....	52
2.6.	Metodología de la investigación.....	53
2.6.1.	Diseño metodológico.....	53
2.6.2.	Método de investigación.....	53
2.6.3.	Diseño de investigación.....	54
2.6.4.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	54
2.6.5.	Aspectos éticos.....	55
CAPITULO III: FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS DEL SECRETO BANCARIO...		56
3.1.	Generalidades.....	56
3.2.	Orígenes históricos del secreto bancario.....	58
3.3.	Fundamentos y naturaleza jurídica del secreto bancario.....	61
3.3.1.	Teoría del contrato.....	61
3.3.2.	Teoría del uso y costumbre.....	63
3.3.3.	Teoría de la ley.....	64

3.3.4. Teoría del secreto profesional.....	66
3.3.5. Teoría del derecho a la intimidad.....	67
3.4. Fundamentos del secreto bancario en el derecho a la intimidad.....	69
3.5. Contenido y conceptualización del secreto bancario.....	74
3.6. Problemática generada a raíz del secreto bancario	77
3.7. Limitaciones al secreto bancario	82

CAPÍTULO IV: MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL SECRETO BANCARIO EN EL PERÚ.....85

4.1. Antecedentes normativos.....	85
4.2. El secreto bancario en la Constitución Política de 1993.....	86
4.3. El secreto bancario concebido como parte del derecho a la intimidad.....	90
4.4. Los límites del secreto bancario en nuestra legislación peruana – Ley N°26702.....	95
4.5. El Código Tributario y el acceso de la SUNAT a la información financiera...102	

CAPÍTULO V: ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS SOBRE LA IMPORTANCIA DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO PARA FINES TRIBUTARIOS DESTINADOS A COMBATIR LA EVASIÓN Y ELUSIÓN FISCAL.....106

5.1. Necesidad del Estado peruano para acceder a la información financiera y luchar contra la evasión y elusión tributaria: ¿Debe seguir manteniéndose el secreto bancario como derecho fundamental o priorizarse el acceso a la información financiera?.....	107
---	-----

5.2. Normativas que permiten el levantamiento directo del secreto bancario para fines tributarios y su contraposición con la Constitución.....	112
5.3. Inconstitucionalidad de la política de combate contra la evasión y elusión tributaria regulada por el Decreto legislativo N°1434 y su reglamento sobre el acceso a la información financiera.....	120
5.4. El secreto bancario en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional....	132
5.4.1. Sentencia recaída en el Expediente N°004-2004-AI/TC. de fecha 21 de setiembre de 2004.....	132
5.4.2. Sentencia recaída en el Expediente N°01219-2003-HD/TC. de fecha 21 de enero de 2004.....	135
5.4.3. Sentencia recaída en el Expediente N°009-2014-PI/TC. de fecha 04 de marzo de 2016.....	137
5.4.4. Sentencia recaída en el Expediente N°0922-2021-PI/TC. de fecha 11 de noviembre de 2021.....	141
5.5. El deber de contribuir en el derecho tributario y los deberes de colaboración.....	150
5.6. Conflicto de valores constitucionales: secreto bancario vs deber de contribuir – Ponderación del Test de Proporcionalidad.....	159
5.6.1. Subprincipio de idoneidad o adecuación.....	163
5.6.2. Subprincipio de necesidad.....	165
5.6.3. Subprincipio de proporcionalidad	166

CAPITULO VI: COMPROMISOS DEL ESTADO PERUANO CON LA OCDE Y OTROS ACUERDOS INTERNACIONALES CON RELACIÓN AL SECRETO BANCARIO.....	171
6.1. El Perú y su adhesión a la OCDE.....	171
6.2. Programa País OCDE-Perú.....	174
6.3. Estudios Económicos de la OCDE: Perú 2023 (setiembre 2023). Recomendaciones de la OCDE en materia tributaria.....	178
6.4. Convenio Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria (CMAAMMT).....	191
6.5. Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria y su implementación en el TUO del Código Tributario.....	195
6.5.1. Intercambio de información a solicitud.....	195
6.5.2. Intercambio de información espontánea.....	196
6.5.3. Intercambio de información automática.....	196
6.6. Acuerdo Multilateral de Autoridades Competentes para el Intercambio de Reporte País x País – Intercambio automático de información financiera...	197
6.7. La Comunidad Andina de Naciones – CAN y la Decisión sobre el intercambio de información.....	199
6.8. Los Convenios para Evitar la Doble Imposición – CDI.....	201
6.9. Legislación comparada.....	204
6.9.1. Alemania.....	204
6.9.2. Bélgica.....	205
6.9.3. España.....	206
6.9.4. Suiza.....	208

6.9.5. Estados Unidos.....	209
6.9.6. Brasil.....	210
6.9.7. Argentina.....	212
6.9.8. Uruguay.....	213
6.9.9. Colombia.....	214
6.9.10. Chile.....	216
6.9.11. México.....	217
6.10. Reporte Sistemático del secreto bancario según tratamiento en otros países.....	218

CAPÍTULO VII: REFLEXIONES FINALES SOBRE EL SECRETO BANCARIO Y SUS LIMITACIONES PARA FINES TRIBUTARIOS: LUCHA CONTRA LA EVASIÓN Y ELUSIÓN TRIBUTARIA.220

7.1. ¿Los bancos están obligados a colaborar con la Administración Tributaria? – El deber de contribuir de las empresas del sistema financiero.....	220
7.2. ¿El secreto bancario es un límite para el intercambio de información según los acuerdos internacionales que tiene actualmente el Perú?.....	224
7.3. ¿Qué pasaría si se limita el acceso a la información bancaria para fines tributarios?.....	228
7.4. Contrastación de hipótesis de la investigación.....	231
7.4.1. Hipótesis principal.....	231
7.4.2. Hipótesis secundaria 1.....	234
7.4.3. Hipótesis secundaria 2.....	236

CONCLUSIONES.....	240
RECOMENDACIONES.....	248
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	251

ÍNDICE DE GRÁFICOS

- Gráfico 1. Adhesión del Perú a los instrumentos legales y participación en los órganos de la OCDE.....178
- Gráfico 2. Presión tributaria del Perú.....180
- Gráfico 3. Esquema de los ingresos tributarios en el Perú.....181
- Gráfico 4. La informalidad en el Perú.....182
- Gráfico 5. Evasión y elusión tributaria del IGV y del IR en el Perú.....183
- Gráfico 6. Regímenes tributarios del impuesto a la renta en el Perú.....186
- Gráfico 7. Umbral de ingresos para el pago del impuesto a la renta en el Perú.....187
- Gráfico 8. Tasas impositivas del impuesto a la renta en el Perú.....188

ÍNDICE DE TABLAS

- Tabla 1. Regímenes tributarios del impuesto a la renta empresarial en el Perú.....	185
- Tabla 2. Hallazgos y recomendaciones de la OCDE 2023.....	189
- Tabla 3. Impacto fiscal ilustrativo a largo plazo de las recomendaciones de la OCDE.....	190
- Tabla 4. Reforma tributaria recomendada por la OCDE.....	191
- Tabla 5. Convenios internacionales suscritos por el Perú para el intercambio de información.....	194
- Tabla 6. Acuerdo Multilateral de Autoridades Competentes para el Intercambio de Reporte País por País.....	199
- Tabla 7. CDI suscritos por el Perú que a la fecha se encuentran en vigor....	204
- Tabla 8. Acceso a la información financiera para fines tributarios en los países de Europa y Latinoamérica.....	219

RESUMEN

El secreto bancario es una obligación de las instituciones financieras generada en una relación banco-cliente, en virtud del cual, las empresas del sistema financiero están obligadas a mantener con carácter de confidencialidad la información relativa a las operaciones que realizan con sus clientes. Esta información económica que corresponde a cada una de las personas que se vinculan contractualmente con el banco no deben ser divulgadas por la entidad a terceros, de lo contrario, ello generaría un grave perjuicio a la intimidad económica de la persona. Sin embargo, este derecho no es absoluto y si bien, forma parte del derecho a la intimidad, no constituye su contenido esencial; por lo tanto, conforme a la legislación, puede levantarse a requerimiento de las autoridades facultadas para ello.

La Constitución Política reconoce el secreto bancario como derecho fundamental, pero también autoriza a determinadas entidades gubernamentales a acceder a su levantamiento para luchar contra la corrupción, lavado de activos, el financiamiento del terrorismo o narcotráfico y otros delitos económicos; sin embargo, no se faculta con esta misma prerrogativa a la Administración Tributaria para poder luchar contra la evasión y elusión fiscal que también le ocasiona un grave daño al país generando un sistema tributario injusto e inequitativo que termina obligando a los mismos contribuyentes, además de pagar sus propios tributos, a cubrir lo que los otros no pagan.

El acceso a la información financiera de los contribuyentes permitirá al Estado implementar políticas contra la evasión y elusión fortaleciendo las labores de control y fiscalización. Si bien, la ley permite el acceso a la información de operaciones pasivas, pero para ello, debe seguir un procedimiento de autorización judicial cuando el Estado necesita celeridad y no solamente solicitarlo cuando se presenta un caso por investigar sino que, a partir de la información que suministren directamente las instituciones financieras, identificar los casos de evasión y elusión fiscal para un posterior seguimiento específico de quienes no cumplen con el fisco.

Esta investigación analizará si las políticas para luchar contra la evasión y elusión tributaria son constitucionales y si se adecúan a las recomendaciones y estándares internacionales fijados por la OCDE. Utilizaremos la metodología jurídica-dogmática con un análisis interpretativo y argumentativo de la información doctrinaria, legal y jurisprudencial.

Palabras Claves: secreto bancario – evasión – elusión fiscal – confidencialidad – operaciones pasivas – instituciones financieras – sistema financiero – obligaciones tributarias – banco – recaudación.

ABSTRACT

Banking secrecy is an obligation of financial institutions generated in a bank-client relationship, by virtue of which, companies in the financial system are obliged to maintain confidentiality the information related to the operations they carry out with their clients. This economic information that corresponds to each of the people who are contractually linked to the bank must not be disclosed by the entity to third parties, otherwise, this would generate serious damage to the economic privacy of the person. However, this right is not absolute and although it is part of the right to privacy, it does not constitute its essential content; Therefore, in accordance with the legislation, it can be lifted at the request of the authorities authorized to do so.

The Political Constitution recognizes banking secrecy as a fundamental right, but also authorizes certain government entities to access its lifting to fight corruption, money laundering, the financing of terrorism or drug trafficking and other economic crimes; However, the Tax Administration is not empowered with this same prerogative to be able to fight against tax evasion and avoidance, which also causes serious damage to the country, generating an unfair and inequitable tax system that ends up forcing the taxpayers themselves, in addition to paying their own taxes, to cover what others do not pay.

Access to taxpayers' financial information will allow the State to implement policies against evasion and avoidance, strengthening control and inspection efforts. Although the law allows access to information on passive operations, to do so, it

must follow a judicial authorization procedure when the State needs speed and not only request it when a case is presented to be investigated but, based on the information provided directly by financial institutions, identify cases of tax evasion and avoidance for subsequent specific monitoring of those who do not comply with the treasury.

This investigation will analyze whether the policies to combat tax evasion and avoidance are constitutional and whether they comply with the international recommendations and standards set by the OECD. We will use the legal-dogmatic methodology with an interpretive and argumentative analysis of the doctrinal, legal and jurisprudential information.

Keywords: banking secrecy – evasion – tax avoidance – confidentiality – passive operations – financial institutions – financial system – tax obligations – bank – collection.

NOMBRE DEL TRABAJO

**EL DERECHO AL SECRETO BANCARIO E
N EL PERÚ: TRATAMIENTO CONSTITUCI
ONAL Y LAS POLÍTICAS DEL ESTADO PE
R**

AUTOR

CESAR MARTI VILLEGAS LEVANO

RECUENTO DE PALABRAS

61842 Words

RECUENTO DE CARACTERES

345467 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

292 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

864.6KB

FECHA DE ENTREGA

Mar 15, 2024 3:31 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Mar 15, 2024 3:35 PM GMT-5

● 12% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 10% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 8% Base de datos de trabajos entregados
- 5% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



Dra. Nancy Guzmán Ruiz de Castilla
RESPONSABLE DEL SOFTWARE ANTIPLAGIO - TURNITIN.

INTRODUCCIÓN

La actividad bancaria tiene como función básica la realización de la intermediación del crédito que se manifiesta, por un lado, en la captación de los recursos dinerarios del público y, por otro lado, la colocación de dichos recursos como créditos a solicitud de una persona determinada a fin de financiar adquisiciones o proyectos de inversión a cambio de una tasa de interés que generará una rentabilidad al banco. Esta es la relación primordial entre el banco y su cliente ahorrista o el banco y su cliente prestamista. Este vínculo le permitirá a la entidad conocer una gran cantidad de información económica y patrimonial de sus clientes, movimientos, depósitos, pagos y mucha mayor información, tanto así que se ha dicho que los bancos obtienen una “radiografía económica” de las personas con quienes contrata.

En este contexto, la información que conocen los bancos de sus clientes no puede ser divulgada ni entregada a terceros, ello implicaría un grave perjuicio al cliente, quien le ha revelado al banco información privada que corresponde a su esfera económica, confiando que el contenido de esa información se mantendrá en reserva, en virtud, precisamente, a la confianza que genera la celebración del contrato con la entidad bancaria. Esta confidencialidad que el banco le debe a su cliente se le denomina en todo el mundo: secreto bancario.

Por el secreto bancario entonces, las entidades del sistema financiero están obligadas a mantener cuidadosamente en reserva o de manera oculta ante los terceros todas las operaciones que realice con sus clientes durante la prestación

del servicio que brinden e, incluso, esa obligación se extenderá aun cuando el contrato bancario haya fenecido. Ha habido diversas teorías que fundamentan el silencio que debe guardar el banquero con respecto a la información de su cliente, se señala que ese secreto ha tenido sus orígenes en la práctica de los usos y costumbres comerciales y/o mercantiles y que fueron trasladados posteriormente a la actividad bancaria; asimismo, también se sostiene que este deber tiene su fundamento en el servicio especializado que presta el banco y al ser un servicio de especialista profesional, le es aplicable es secreto profesional.

Lo cierto es que esta figura empezó a tener presencia, inicialmente de manera tácita en la práctica bancaria, para luego convertirse en una condición expresa incluida en los contratos bancarios. Posteriormente ha sido recogida en la ley para convertirse, de un deber moral a una obligación jurídica impuesta a los bancos, consolidándose, con el tiempo, como secreto bancario. Asimismo, también cabe precisar que en las legislaciones del mundo y los pronunciamientos de los diversos tribunales jurisdiccionales han generado una tendencia jurisprudencial en reconocer al secreto bancario como parte del derecho a la intimidad de la persona porque se trata de información económica que corresponde a la vida privada del individuo y que solo el titular tiene el derecho a dar a conocer dicha información o impedir que otros lo conozcan o accedan indebidamente para evitar un perjuicio en su esfera personal.

Sin embargo, también cabe mencionar que los pronunciamientos de la jurisprudencia, en estos últimos años, en la que también se adhiere nuestro Tribunal Constitucional peruano, han considerado que el contenido económico del secreto

bancario, si bien es parte del derecho a la intimidad, pero no forma parte de su contenido esencial; por lo tanto, no tiene el mismo rigor de protección que la información propia de la intimidad personal. Eso quiere decir, que el derecho al secreto bancario, al no ser parte del contenido esencial del derecho a la intimidad, este puede levantarse ante requerimientos de la autoridad para satisfacer intereses de orden público.

En esa línea, el secreto bancario ha ido evolucionando en el transcurso del tiempo y desde sus orígenes, proveniente del siglo XX, cuando los bancos Suizos buscaban captar recursos de inversionistas extranjeros con el fin de convertirse en un importante centro financiero, comprometiéndose a no revelar la titularidad de las cuentas ante los gobiernos que los perseguían con cargas fiscales cada vez mayores; hasta la fecha, el secreto bancario ha sufrido grandes restricciones y limitaciones que hasta se cuestiona su existencia en algunas legislaciones que prefieren priorizar y fomentar la transparencia a nivel global a fin que el Estado conozca el origen, movimiento y destino del dinero para perseguir la criminalidad económica y las prácticas de evasión y fraude fiscal.

En una sociedad moderna y globalizada donde la tecnología permite que las transferencias de dinero se realicen de manera inmediata y sin fronteras, el secreto bancario es ahora, no en pocos casos, el instrumento jurídico perfecto para que personas y empresas, que han cometido delitos de lavado de activos, narcotráfico, corrupción, financiamiento del terrorismo, entre otros, se oculten de la justicia. Con el sigilio de los bancos, es complejo que las autoridades conozcan las operaciones,

transferencias, movimientos, terceros beneficiarios, testaferros, que permita reprimir y sancionar estos ilícitos porque, precisamente sus autores, se protegen en este secreto amparado por la ley.

En el ámbito tributario, el secretismo de la información sobre las operaciones activas y pasivas de los contribuyentes no permite a las autoridades recaudadoras hacer un seguimiento exhaustivo de las ganancias y capitales, negocios y comercios nacionales e internacionales, obligadas a pagar impuestos conforme a los gravámenes que exige la ley de cada país. El secreto bancario se está convirtiendo en un obstáculo para la implementación, por parte del Estado, de políticas efectivas que combatan la evasión y el fraude fiscal porque muchos contribuyentes ocultan su patrimonio bajo protección legal de este secreto en su país o llevándolos a países denominados paraísos fiscales.

En nuestro país, el secreto bancario está reconocido como derecho fundamental de la persona previsto en el numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993. En esta disposición constitucional, además, se señala quienes son los sujetos o entidades gubernamentales que se encuentran facultados al levantamiento de dicho secreto: el juez, el Fiscal de la Nación, una Comisión Investigadora del Congreso de la República y, ahora, con la reforma constitucional del 2022, se ha agregado a dos entidades más, vale decir, la Contraloría General de la República y la Superintendencia de Banca y Seguros, ello con la finalidad de luchar contra la corrupción de funcionarios y el delito de lavado de activos.

Sin embargo, no se ha incluido como sujeto facultado a levantar el secreto bancario a la Administración Tributaria pese a que el interés público del Estado debería justificar su acceso directo a la información financiera de las operaciones pasivas de personas naturales y jurídicas. Los bienes jurídicos constitucionales que deberían tenerse en cuenta para otorgar esta prerrogativa a la Administración Tributaria no es menor, pues la potestad tributaria que le asiste al Estado y el deber de contribuir que obliga a los ciudadanos debería ser una justificación suficiente para que también se autorice a la Administración a conocer y procesar este tipo de información. Es primordial que el Estado garantice un sistema tributario justo y equitativo donde las cargas del gasto público se redistribuyan entre todos los ciudadanos y tener acceso a la información financiera de sus contribuyentes ayudaría enormemente a lograr tal fin y no convertirse, como hasta ahora, en un obstáculo difícil de vencer.

En la presente investigación analizaremos con detalle si las políticas implementadas por el Estado Peruano destinadas a luchar contra la evasión y elusión tributaria a partir de la información financiera que se cuente de las empresas del sistema financiero fortalecen las acciones de control y fiscalización de la Administración, si se encuentran dentro del marco constitucional vigente y si responden a las recomendaciones de la Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico – OCDE orientadas a alcanzar los estándares internacionales y buenas prácticas económicas

En ese sentido, la investigación abordará el problema que el secreto bancario viene generando en nuestro país al no permitir el acceso directo a la información financiera para utilizarla con fines tributarios y así potenciar las labores de control y lucha contra las prácticas de evasión y elusión tributaria de muchos contribuyentes. Todo hace indicar que, así como está regulado el secreto bancario en nuestro país, genera la fuga de capitales a otros países con menor imposición tributaria (paraísos fiscales), afecta la recaudación y erosiona el sistema tributario pues trae como consecuencia crear más impuestos o aumentar las tasas de los impuestos ya creados para que los mismos contribuyentes formales que vienen cumpliendo sus obligaciones tributarias con regularidad cubran lo que los evasores dejan de pagar, generando así una inequidad e injusticia en la redistribución del gasto público.

Analizaremos la constitucionalidad de las últimas disposiciones legales que en materia del secreto bancario se han emitido en los últimos 5 años restringiendo sus alcances para dar paso a que el Estado tenga mayor disponibilidad de la información financiera de sus contribuyentes. Asimismo, abordaremos el tratado de la última reforma constitucional sobre el secreto bancario efectuada en el año 2022 para analizar su pertinencia o conveniencia en concordancia con las políticas contra la evasión y elusión. En esa línea revisaremos también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional así como la legislación de otros países.

Para la formulación de nuestro problema de investigación se han planteado las siguientes interrogantes. Para el problema principal: ¿El tratamiento del derecho al secreto bancario en la Constitución impide al Estado Peruano implementar políticas

que permitan combatir la evasión y elusión tributaria? Y, para los problemas específicos: ¿Las normas del ordenamiento jurídico peruano que obliga a las empresas del sistema financiero a suministrar información financiera de sus clientes a la Administración Tributaria – SUNAT vulneran el derecho fundamental del secreto bancario?, ¿El Perú necesita flexibilizar el derecho al secreto bancario para alinearse a los estándares internacionales de transparencia fiscal y del intercambio automático de información financiera a nivel global?

En el capítulo I de la investigación se revisa los antecedentes escritos sobre la materia, artículos, tesis de especialistas nacionales e internacionales que nos dan luces de lo que hasta hoy se ha venido tratando sobre el tema. Asimismo, hacemos referencia de los términos básicos que utilizaremos a lo largo de la presente investigación.

En el capítulo II, además de presentar la descripción del problema, con un amplio detalle de las aristas que genera el secreto bancario en nuestro país, también presentamos nuestras hipótesis de trabajo, las que serán objeto de contrastación durante el desarrollo de la tesis; así como también, en este capítulo presentamos los objetivos que pretendemos alcanzar al término de este estudio.

Los objetivos que perseguimos en este trabajo de investigación están orientados a:

- i) analizar si el Estado Peruano puede implementar políticas contra la evasión y elusión fiscal, ii) analizar si las disposiciones que obligan a los bancos a suministrar información de sus clientes a la Administración vulneran el secreto bancario, iii)

determinar si el Perú debe flexibilizar el tratamiento del secreto bancario para cumplir con los estándares internacionales de transparencia e intercambio de información, iv) analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el secreto bancario para fines tributario y, v) hacer un análisis de la legislación comparada sobre el secreto bancario.

En el capítulo III abordaremos los fundamentos dogmáticos del secreto bancario, sus orígenes en la práctica bancaria, su regulación en el derecho positivo, las teorías y naturaleza jurídica que fundamentan su tratamiento, especialmente, el análisis del secreto bancario desde la perspectiva del derecho a la intimidad. Así como su conceptualización, problemática y sus limitaciones.

En el capítulo IV, presentaremos el marco Constitucional y legal del secreto bancario en el Perú, en esta parte, revisaremos los antecedentes normativos, la regulación del secreto bancario en la Constitución Política de 1993, su ubicación dentro del derecho a la intimidad, las limitaciones y restricciones que se regulan en la Ley del Sistema financiero peruano y la regulación del Código Tributario en cuanto al acceso a la información financiera de los contribuyentes.

Por su parte, el capítulo V de la investigación se realizará un análisis de la importancia que se tiene para nuestro sistema tributario el levantamiento del secreto bancario con la finalidad de combatir la evasión y elusión tributaria. Revisaremos la necesidad del Estado Peruano en acceder a la información financiera, la pertinencia de la reforma constitucional reconociendo el secreto bancario como derecho

fundamental. Asimismo, analizaremos la constitucionalidad de los Decretos Legislativos N°1313 y N°1434 y su reglamento que obligan a los bancos a entregar información de sus clientes. Analizaremos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional de los últimos 20 años sobre el debate del secreto bancario. Cerramos este capítulo con el tratamiento del deber de contribuir y los deberes de colaboración con la Administración y el análisis del test de ponderación entre estos deberes y el secreto bancario como expresión del derecho a la intimidad.

En el capítulo VI de la tesis abordaremos el tema referido a los compromisos internacionales del Estado Peruano para intercambiar información financiera conforme a los estándares y recomendaciones de la OCDE y otros acuerdos multilaterales. Revisaremos la importancia de la adhesión del Perú a la OCDE y sus recomendaciones en materia tributaria según el Estudio Económico de la OCDE: Perú 2023. Dentro de este marco, abordaremos los diversos acuerdos suscritos por el Perú como el Foro Global, el Acuerdo de Asistencia Administrativa Mutua, el Acuerdo Multilateral de Autoridades Competentes para Intercambio de Reporte de País por País. La decisión 578 de la CAN y los Convenios para Evitar la Doble Imposición - CDI todos orientados a intercambiar información financiera y tributaria con las Administraciones tributarias del mundo. Cerramos este capítulo con un análisis de legislación comparada en países de Europa y Latinoamérica.

Finalmente, en el capítulo VII, haremos una síntesis final de lo abordado en los capítulos anteriores contrastando nuestras hipótesis de trabajo, vale decir, si los bancos están obligados a colaborar con la Administración tributaria bajo el principio

constitucional del deber de contribuir. Si es válido contraponer el secreto bancario como justificación para que el Estado se niegue a intercambiar información con otros países suscritos en acuerdos internacionales; y, los efectos negativos para el Estado al no poder acceder a la información financiera de sus contribuyentes.

Por último, en la presente investigación presentamos nuestras conclusiones y recomendaciones finales, además, de la anotación de las fuentes bibliográficas consultadas.

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes de la investigación.

Se ha identificado los siguientes antecedentes a la presente investigación.

1. **Monroy Cea, Claudia (2018).** El secreto bancario frente al deber de colaboración con la Administración Tributaria. Programa conjunto Derecho – ADE. Universidad Zaragoza, Madrid, España.

Esta investigación analiza el deber que tienen las empresas del sistema financiero a guardar secreto de la información bancaria frente al deber genérico que tiene toda persona y entidad de prestar colaboración con la Administración Tributaria. La investigación analiza cuándo debe aplicarse el derecho al secreto bancario y cuándo el estado tiene la facultad de levantar dicho secreto a fin de atender los requerimientos de información para los fines tributarios. Considera que los deberes de colaboración en los procedimientos de inspección tributaria que requieren información individualizada son de interés público y que el secreto bancario no tiene aplicación ante esta necesidad del Estado. El secreto bancario se fundamenta en el derecho a la intimidad en la medida que los datos financieros de una persona reflejen información de la vida privada del cliente y, por otro lado, el deber de colaboración con la Hacienda Pública se fundamenta en el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público. Por tanto, cuando la información de un cliente del banco tienen que ver con la aplicación de tributos,

los deberes de colaboración operan como una intromisión legítima del Estado en la vida privada económica del cliente siempre que sea determinante para la aplicación de impuestos.

2. OCDE – Organismo de Cooperación y Desarrollos Económicos (2022).

Manual para la Implementación del Estándar de Intercambio Automático de Información de Cuentas Financieras. Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con fines Fiscales.

Paris. https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/aeoi-implementation-toolkit_es.pdf

El Manual de la OCDE desarrolla estándares internacionales para el intercambio automático de información sobre cuentas financieras centrándose en los importantes beneficios que implica su implementación en los distintos países. En ella se resalta la importancia de la cooperación que debe existir entre las autoridades fiscales y las repercusiones en su lucha contra la evasión fiscal y otros flujos financieros ilícitos. Bajo estos estándares, las entidades financieras comunican a sus respectivas autoridades fiscales información de las cuentas bancarias de los que son titulares los residentes extranjeros permitiendo el intercambio de información para ejercer control de fiscalización.

3. Izquierdo Martínez, Alba (2017) Secreto Bancario y Big Data.

En Regulación Financiera – Revista de Derecho del Mercado Financiero. Working Paper 1/2017, octubre de 2017 – Madrid – España. <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2017/10/IZQUIERDO-A. Secreto-bancario-y-Big-Data.pdf>

El autor refiere que si bien el secreto bancario es una institución jurídica que ha venido siendo practicada con mucha incidencia en los países de Europa, empero, la fuerza de esta figura, hoy en día se está debilitando cuando entra en colisión con los intereses del Estado, en especial, cuando se trata de proveer de información a las Administraciones Tributarias de cada país. Por ello, las legislaciones de la mayoría de los países vienen regulando, en los últimos años, importantes restricciones al secreto bancario permitiendo el acceso de la información de las empresas financieras a las autoridades gubernamentales cuando se trata de proteger intereses de orden público lo que ha hecho que el secreto bancario vaya casi desapareciendo para el estado.

4. De Freitas Júnior, Efigenio (2016). El mito del secreto bancario ante el fisco:

El caso de Brasil. Revista de Administración Tributaria CIAT/AEAT/IEF No. 41, agosto 2016. Brasil.

https://www.ciat.org/Biblioteca/Revista/Revista_41/Espanol/rev41_freitas_brasil.pdf

Esta investigación parte del análisis de la problemática del fraude fiscal, la evasión fiscal, el blanqueo de dinero, entre otros, considerando que una de las medidas importantes para luchar contra estas prácticas ilícitas es la transparencia y el intercambio de información que juegan un papel preponderante en Brasil y, como en las economías más grandes del mundo, se viene implementando su legislación para integrarlo a una nueva concepción de la tributación que es el “fisco global”. Las legislaciones que se atrincheran en su

soberanía irrenunciables están llegando a su fin y que el mundo observa el derrumbe del secreto bancario.

En ese contexto, la FATCA que, inicialmente puede haber sido considerado como una norma imperialista, lo cierto es que 113 jurisdicciones en el mundo se han unido al programa haciendo que los valores de los activos financieros del exterior de un brasileño o norteamericano residente se encuentren de acuerdo con los valores declarados al fisco. El impacto de los estándares sobre transparencia fiscal a nivel mundial promovidos por la OCDE y el G20 han hecho que al 2018, hayan 82 jurisdicciones que se muestren dispuestas al intercambio automático de información, demostrando que los gobiernos de distintos países cada vez más se interesen por combatir el fraude fiscal, la evasión, el blanqueo de dinero y que es de vital importancia que las autoridades tributarias tengan acceso a la información financiera de sus contribuyentes.

5. **Mazzucco, Flavia (2016) El fin del secreto bancario global:** El intercambio automático de información financiera en materia fiscal. En estudios Internacionales (Santiago) Revista electrónica Scielo. Vol. 48 N° 184. Santiago de Chile, agosto 2016.

https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-37692016000200006

Se concluye aquí que la globalización, el avance de la tecnología, la necesidad de la recaudación de los países, la propia agenda de la OCDE y del G20 van demostrando que los esfuerzos individuales y aislados de cada legislación en

materia tributaria van quedando desactualizada. Que, ante la propuesta de aumentar la cooperación fiscal internacional y la transparencia, implementando políticas que permitan el intercambio automático de información entre las distintas jurisdicciones del mundo ha hecho que casi 89 países se unan a este programa. Los países han mostrado su legítimo interés de acabar con el secreto bancario en sus legislaciones y que su desaparición es cuestión de tiempo y de ajustes normativos en sus respectivos ordenamientos. La idea sustancial de estos programas de intercambio automático de información está dirigida a combatir la evasión y elusión fiscal en cada país.

TESIS.

Se ha efectuado la búsqueda en los repositorios de la Universidad de San Martín de Porres, Universidad de San Ignacio de Loyola, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa y Universidad de Ciencias Aplicadas, habiéndose encontrado las siguientes tesis de investigación sobre el tema:

6. **García Merino, Susana Fabiola (2023)** “Acceso a la información financiera protegida por el secreto bancario y transparencia financiera del Estado Peruano” (2023). Tesis para optar el grado de doctor en Derecho – Universidad de San Ignacio de Loyola – USIL.

En esta investigación el autor aborda la problemática de las restricciones al acceso de la información financiera protegida por el secreto bancario y su incidencia en la transparencia del Estado. Asimismo, analiza la pertinencia de

mantener el secreto bancario como parte del sistema de derechos fundamentales en la Constitución del Perú de 1993 concluyendo que cuanto mayor acceso a la información financiera de los bancos tengan las autoridades gubernamentales mayor será la transparencia del Estado, siempre y cuando la intervención en la información afecte de manera proporcional el derecho a la intimidad de las personas. Solo así el estado puede tomar conocimiento de los orígenes de los fondos que mantienen los contribuyentes en el sistema financiero, evitando el ingreso de capitales ilícitos o el ocultamiento de conductas antijurídicas.

7. **Iannacone Silva, Felipe (2020)** “Reforma del principio de inmutabilidad de los actos administrativos tributarios. Hacia una nueva dimensión del derecho tributario peruano”, para optar el grado académico de doctor en derecho – USMP.

En el desarrollo de esta investigación, se analiza el problema de la afectación de principios constitucionales del deber de contribuir e igualdad en la actuación fiscalizadora de la Administración Tributaria y concluye que los errores cometidos por parte de la administración Tributaria en los procedimientos de fiscalización, en virtud a la facultad del reexamen previsto en el Código Tributario, no pueden afectar el deber de contribuir que tiene el contribuyente generándoles derechos indebidos a su favor en contra o en desmedro del tributo que debe cumplir conforme a ley.

8. **Zafra Salas, Marco André (2021).** “El acceso al secreto bancario y reserva tributaria por la UIF, obstáculos y deficiencias” (2021) Trabajo de investigación para obtener el grado de Magíster en Derecho de la Empresa – Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP.

En esta investigación se advierte el problema que genera el acceso indirecto al secreto bancario y a la reserva tributaria lo que hace perder dinamismo a la UIF en su lucha contra el lavado de activos y financiamiento al terrorismo y delitos conexos e intenta demostrar la necesidad de un acceso directo a la información financiera y ante el conflicto entre el derecho a la intimidad de la persona y el derecho del Estado a proteger a sus miembros la solución resulta ser la ponderación entre ambos derechos.

Este método permitirá valorar el contenido de cada uno de los derechos fundamentales que se encuentran colisionando y cuál de ellos es el que debe aplicarse venciendo al otro derecho, lo cual no significa que el derecho vencido pierda valor o aplicación, sino que implica una reducción parcial en ese caso determinado. Por la ponderación de ambos derechos se termina la pugna y se prioriza el interés del Estado, el interés público por encima del interés particular de uno o de varios. Por el ello, el acceso a la información que protege el secreto bancario o la reserva tributaria por parte de la UIF es válidamente legítima siempre que se mantengan las medidas de seguridad para guardar confidencialidad de dicha información.

9. **Chávez Acero, Vilma (2021)** “Intercambio automático de Información financiera y el secreto bancario” (2021). Trabajo de investigación para optar el grado de Maestro en Tributación y Política Fiscal” – Universidad de Lima.

En este trabajo, se señala que uno de los problemas graves del Perú es el alto índice de evasión y elusión tributaria y que el secreto bancario es un obstáculo para lograr que el Estado acceda a información de sus contribuyentes. Resulta necesario que el Perú se sume a los países que han eliminado el secreto bancario con la finalidad que cumpla sus compromisos internacionales para intercambiar información y luchar contra la evasión y elusión tributaria. Las restricciones que se establezcan al secreto bancario dependerán de los ajustes que deben realizarse en el ordenamiento jurídico de nuestro país.

10. **Suárez Zanabria, José Alejandro (2021)** “Incidencia del levantamiento del secreto bancario a pedido de la administración tributaria en el ejercicio de sus facultades y la reserva tributaria” (2021). Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho Empresarial – Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa.

La investigación tiene como problema de análisis las limitaciones que tiene el Estado Peruano para que, a través de su Administración Tributaria, pueda acceder y levantar directamente el secreto bancario a fin de proteger el interés público de la nación expresado en la labor que tiene el fisco que es la de recaudar lo que realmente corresponde en función a la capacidad contributiva de sus ciudadanos. La carencia de información financiera no permite un ejercicio eficiente en las actuaciones fiscalizadoras ya que no es posible evaluar el

alcance económico de las operaciones comerciales que realizan los individuos imposibilitando una mayor precisión en la liquidación del adeudo tributario.

11. Arteaga Cruz, Stephanie Laune (2021). “La elusión fiscal en los contratos de cesión de posición contractual de cesiones mineras” (2021), para optar el grado de Maestro en Derecho Tributario y Fiscalidad Internacional – Universidad de San Martín de Porres - USMP.

En esta tesis, se analiza la problemática que se presenta con la elusión y evasión tributaria considerando que la elusión es la práctica destinada a ocultar hechos económicos con gravámenes tributarios con la única finalidad de reducir el pago de impuestos o, incluso, no pagarlos. Esta práctica cuida no transgredir el ordenamiento jurídico tributario, por el contrario, utiliza el mismo ordenamiento a su favor buscando vacíos o lagunas en la norma y se aprovecha de negocios anómalos, simulados o artificiosos sin que implique ilicitud. En tanto que la evasión tributaria es una acción ilícita que contraviene el cumplimiento de la norma tributaria para no pagar o pagar menos de lo que legalmente corresponde. El contribuyente deforma intencionalmente sus negocios para engañar a la Administración con información falsa o imprecisa ocultando el nacimiento de la obligación tributaria.

12. Miní Miranda, José Luis (2015) “Límites a las facultades discrecionales de la Sunat otorgadas por el Código Tributario” para optar el grado académico de Magíster en Regulación en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

Esta investigación hace un análisis del ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración Tributaria las cuales constituyen una herramienta determinante para la actuación eficiente de las labores de fiscalización que cumple la Administración Tributaria, la discrecionalidad le permite a la Administración actuar en situaciones complejas para la determinación correcta de los tributos. Sin embargo, estas facultades deben estar circunscritas a los límites explícitos e implícitos previstos en la Constitución, límites como la debida motivación, debido procedimiento, proporcionalidad, razonabilidad, interdicción a la arbitrariedad, además de los límites establecidos en la misma ley tributaria para, de esa manera, evitar excesos en la actuación de fiscalización tributaria.

1.2. Bases teóricas.

1.2.1. La institucionalidad del Secreto Bancario.

El secreto bancario es una institución de la práctica bancaria por el cual las empresas del sistema financiero deben guardar reserva de las operaciones pasivas que realizan con sus clientes. Muchos autores coinciden en señalar que esta institución se circunscribe a las relaciones que se generan entre la entidad bancaria y su cliente, en la que el banquero se obliga a mantener en confidencialidad la información económica que su cliente le ha proporcionado.

En virtud a la costumbre y a los contratos que celebran las personas con estas empresas, el banquero se compromete a guardar secreto de la información económica que conoce de sus clientes y, sobre todo, de la información generada

en razón de las operaciones que se realizaran en las cuentas. Ello, con el tiempo, alcanzó una protección formal con la ley hasta convertirse en una institución jurídica.

Para la doctrina hay muchas definiciones sobre el secreto bancario, entre las concepciones que podemos destacar es la que Malagarriga (1970) señala que el secreto bancario es una obligación de los bancos que consiste en no revelar información de sus clientes a terceros sin causa justificada, información que se encuentre vinculada directamente al contrato de servicio financiero que presta.

Cazorla (1978) explica que la institucionalidad del secreto bancario tiene como base el contexto de las relaciones banco-cliente, teniendo como elementos subjetivos, por un lado, al cliente que exige reserva, confidencialidad o secretismo de la información que refleja su patrimonio puesto en el banco y, por otro lado, al banquero que tiene la obligación de respetar dicho secreto y no divulgar la información de sus clientes, salvo que se trate de un caso debidamente justificado y por requerimiento de la autoridad competente.

1.2.2. Excepciones al secreto bancario.

El secreto bancario sigue una tendencia a la desaparición o, por lo menos, a limitar su ejercicio en muchas legislaciones del mundo. En los países de la Unión Europea, el secreto bancario tiende a desaparecer; sin embargo, hay que tener en cuenta que en los países en que más arraigo ha tenido también ha fijado ciertas limitaciones; así, en Suiza, país europeo en que ha tenido una fuerte

tradición de mantener vigente el secreto bancario, en realidad, actualmente, ha establecido ciertas limitaciones a su ejercicio. Si bien el Derecho Penal de ese país castiga con severas sanciones a quien viola el secreto bancario; sin embargo, la legislación civil y bancaria obliga a los banqueros a declarar y entregar documentación bancaria en casos debidamente justificados.

Izquierdo (2017) señala que en el derecho suizo hay una tendencia a reducir los alcances del secreto bancario, especialmente cuando se trata de revelar información a la administración pública y a los tribunales que investigan delitos como lavado de capitales. Por eso, en los últimos años, la legislación Suiza ha flexibilizado las normas con relación al secreto bancario y ha permitido, en determinados casos, al acceso de información de sus bancos para temas de interés público.

En el Informe Temático N° 11/2012-2013 (2013) del Área de Servicios de Investigación del Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria del Congreso de la República concluye que el secreto bancario y la reserva tributaria no es absoluta, sino que tienen límites regulados por la ley, estos dos derechos van a ceder espacio al interés público o a otros bienes que la sociedad prioriza. Estas limitaciones al secreto bancario y a la reserva tributaria se justifican en razón del interés común que sabrán evaluar los tribunales jurisdiccionales, el ente regulador del sistema financiero o las administraciones tributarias de cada país cada vez que requieran ingresar a información reservada.

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico – OCDE (2000) señala en su Informe del año 2000 que la imposibilidad de acceder a la información bancaria de las personas para utilizarla con fines tributarios genera varios perjuicios para el Estado, por ejemplo, la Administración no cuenta con los medios suficientes para liquidar la deuda tributaria y su posterior cobro, se genera una redistribución injusta de las cargas fiscales solo entre quienes si pagan, aumentan los costos de fiscalización porque la administración tiene que buscar otros medios más onerosos para descubrir a los evasores de impuestos, causa desconfianza de los contribuyentes que buscan formas de no cumplir con sus obligaciones porque consideran que el sistema fiscal no es equitativo.

Perea (2013) señala que las legislaciones de casi todo el mundo imponen a sus instituciones bancarias la obligación de mantener la confidencialidad de la información financiera de los clientes con quienes contrata. Asimismo, las Administraciones Tributarias de casi todos los países también están obligadas a resguardar la información correspondiente a la situación tributaria del contribuyente, conforme lo regulan sus respectivos ordenamientos y reglamentos de la materia.

1.2.3. Secreto bancario y derecho a la intimidad.

Martínez (2016) refiere que el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad son derechos pertenecientes a la primera generación que obtuvieron reconocimiento en las declaraciones de los derechos humanos. El derecho a la

intimidad garantiza reservar un espacio íntimo de la persona sin que haya intromisión de otros sujetos, es el derecho inherente a la persona por el hecho de ser tal y le otorga el poder de decidir quien participa o no en el ámbito de su vida privada. Este derecho, asimismo, desarrolla una libertad negativa, es decir que prohíbe a terceros a tener injerencia de las decisiones o acciones de un individuo.

Este derecho forma parte del conjunto de libertades fundamentales vinculadas muy estrechamente a la persona y a la concepción civil y política de la ciudadanía. En los últimos tiempos, debido especialmente al desarrollo tecnológico, la protección del derecho a la intimidad y al haz de derechos que lo constituyen ha adquirido una mayor relevancia social y, por tanto, jurídica, que, incluso, supera a otras libertades individuales tradicionalmente mucho más importantes.

Para Chávez (2022), el secreto bancario está vinculado directamente con la vida privada de las personas en su condición de clientes de las entidades bancarias. El derecho bancario es una extensión del derecho a la intimidad porque forma parte de la vida privada de las personas. En ese sentido, el secreto bancario se convierte en un candado para las empresas financieras que obliga a no revelar la información financiera de sus clientes ante terceros ajenos a esa relación porque la información entregada al banco forma parte, precisamente, de la vida privada de sus clientes. Los bancos deben garantizar la confidencialidad relativa

a las operaciones de depósitos, ahorros y captaciones de dinero que reciban en el marco de un contrato bancario.

1.2.4. El secreto bancario como derechos fundamental.

Para César Gamba, las actuaciones de la Administración Tributaria debe tener en cuenta la observancia de los derechos fundamentales que constituyen garantías mínimas que deben entenderse de la siguiente manera:

i) Derecho a exponer sus argumentos (derecho a ser oído), garantizar que el administrado exponga los fundamentos de su pretensión y defensa antes de la emisión de los actos que afectan sus intereses y derechos, a interponer recursos y a ser patrocinado. ii) Derecho a ofrecer y producir pruebas, consiste en que el administrado pueda presentar material probatorio, exigir que la Administración produzca y actúe los medios ofrecidos por el administrado en tiempo hábil y pueda contradecir aquellos que terceros o la Administración consideren relevantes para resolver el asunto, así como la facultad de controlar el ofrecimiento y producción de la prueba y a contestarla oportunamente, cuando ello convenga a sus intereses. iii) Derecho a obtener una decisión motivada y fundada, es decir, que las decisiones de las autoridades se encuentren sustentadas en argumentos de hecho y de derecho, pronunciándose sobre las cuestiones propuestas por los administrados. (Gamba, 2001, p. 45)

La Constitución Política del Perú de 1993 tiene reconocido el secreto bancario como un derecho fundamental con determinadas excepciones que regulan su levantamiento facultadas al Juez, al Fiscal de la Nación y a una Comisión Investigadora del Congreso de la República. Recientemente, mediante una reforma constitucional, se incorpora de manera taxativa al secreto bancario como un derecho fundamental de la persona y se aumentan los sujetos facultados a su levantamiento, esta vez, a la Contraloría General de la República y a la Superintendencia de Banca y Seguros para acceder de manera directa, sin autorización de un juez, a la información financiera, ello con la finalidad de perseguir los actos de corrupción de funcionarios y servidores públicos y el lavado de activos a través de la Unidad de Inteligencia Financiera – UIF.

1.2.5. Interés público y secreto bancario.

El Estado tiene el deber primordial de procurar el bienestar común previniendo y reprimiendo toda conducta que cause daño a la sociedad; por ello, persigue el fraude tributario y si se oculta bajo la protección del secreto bancario, entonces el Estado, haciendo prevalecer el interés público sobre el interés particular, tendrá que imponer determinadas restricciones al ejercicio del secreto bancario.

Se ha discutido si el secreto bancario debe mantenerse infranqueable aun cuando se presenten estas conductas lesivas que dañan la sociedad y, según Jorge Bravo (2022), concluye que existen legítimos intereses que deben ser tutelados por el Estado, intereses que pueden ser de diversa índole pero que buscan el interés común de la sociedad. Es necesario que el Estado identifique

conductas antijurídicas para reprimir y sancionar, según sea el caso, la comisión de los delitos de fraude tributario o el lavado de activos y el secreto bancario no puede ser instrumento para ocultar estos delitos aun cuando el Estado quiera mantener vigente este derecho. Es entendible que desde el punto de vista jurídico e, incluso, ético, el Estado tenga que fijar limitaciones y excepciones al secreto bancario para que no siga siendo utilizado como manto protector de los actos ilícitos de defraudación fiscal y otros delitos que causan grave perjuicio al Estado y a la Sociedad.

Blossier Mazzini (2013) señala que el secreto bancario genera ciertamente un conflicto de intereses, por un lado, el interés del Estado en cumplir funciones de vigilancia y control y, por otro lado, el interés del cliente de exigir que la información se mantenga en reserva sin que otros, incluido el Estado, lo conozcan. Por parte del Estado, existe un interés público por conocer la información financiera de los bancos y la de sus clientes para vigilar la política monetaria del país, para el seguimiento y supervisión de la actividad bancaria, para perseguir actos ilícitos que se ocultan bajo el secreto bancario y, como no, para fines tributarios y perseguir e identificar los actos de evasión y elusión tributaria.

De la misma idea es Traverso (2023) que señala que el secreto bancario no es un derecho autónomo, sino que forma parte del derecho a la intimidad pero que el deber de confidencialidad que le deben los bancos a sus clientes se reduce ante la necesidad de interés público o de salvar otros bienes jurídicos de

relevancia para la sociedad. Por ello, el secreto bancario no tendrá vigencia ante el requerimiento de información por parte de la justicia o del Estado cuando tengan que proteger bienes superiores como el deber de contribuir o la distribución equitativa del gasto público.

1.2.6. Evasión y elusión tributaria.

La evasión y la elusión tributaria son formas recurrentes y no lícitas que buscan los contribuyentes para eliminar o, por lo menos, reducir sus cargas tributarios, es decir, que bajo determinadas formas de negocio, abusando de las formas jurídicas, la simulación, el fraude fiscal e, incluso, vulnerando la ley tributaria se deja de pagar los tributos, especialmente los impuestos o se paga una mínima parte, aparentando una operación regularmente lícita.

Para Mares (2013) la elusión tributaria es un ahorro fiscal lícito, es decir, que utilizando medios lícitos pero de manera artificiosa o distorsionada se puede llegar al resultado de no pagar o, por lo menos, de pagar en menor monto los tributos. No es que el contribuyente incumpla con sus obligaciones de pago, sino que, realizando determinadas actuaciones con ropaje de legalidad, se obtiene un resultado “cuasi-legal” el de no pagar o pagar de menos. La elusión fiscal tiene por finalidad evitar el nacimiento de la obligación tributaria utilizando artificios, abusos de las formas jurídicas, aprovechando vacíos o lagunas en la ley; es decir, sin infringir la ley, se procura un alivio tributario. En estos casos el contribuyente utiliza figuras jurídicas, atípicas o anómalas o, en todo caso, crea

una maraña de formas legales que no son muy comunes con la única finalidad de no verse obligado a tributar o pagar menos.

Por su parte, para Simón (2005), las leyes que regulan los impuestos gravan según la capacidad contributiva de las personas y, es precisamente el legislador, quien ha evaluado el contenido económico de los impuestos. Sin embargo, las normas de derecho civil o de derecho mercantil no regulan a la perfección el contenido económico de los hechos, sino que tienen otra finalidad; por eso, el legislador tributario, eleva a rango de ley determinados hechos económicos que delimitarán el hecho generador imponible creando una obligación de pago para quien realice dichos actos, con ello se fortalece la seguridad jurídica en materia tributaria, pues es el legislador fiscal quien define las realidades económicas para llevarlos a la categoría de hechos imponibles gravados; sin embargo, también es probable que se abra la posibilidad del abuso y el fraude, es decir que se corre el riesgo que los contribuyentes utilicen abusivamente las normas de otras ramas o de la misma materia tributaria para conseguir, mediante instituciones jurídicas distintos o no adecuados, el mismo fin económico pero con menos carga de impuestos.

En resumen, la elusión fiscal constituye los actos o negocios que realizan los particulares, abusando de las formas civiles, mercantiles o de otra especialidad para que, sin violentar la norma tributaria y con la única finalidad, dejen de pagar los tributos que correspondería o, por lo menos reduzcan su carga tributaria. En tanto que la evasión tributaria, constituyen la realización de actos al margen de

la ley, es decir, son negocios que violentan la ley tributaria con la finalidad de evadir ex profesamente el pago de tributos.

Aunque Rosendo Huamaní (2015) señala que la licitud de la elusión tributaria siempre ha estado en discusión a pesar que la doctrina se ha encargado de diferenciarla con la evasión tributaria. Agrega que, para la Administración Tributaria y algunos autores, la elusión no es lícita; sin embargo, para los asesores empresariales y para los mismos empresarios, la elusión es una acción lícita y prefieren llamarla, no propiamente elusión, sino economía de opción o entenderla como un esquema normal de planificación o planeamiento tributario, lo cual sí es lícito. Pero, como dice Huamaní, el querer negar su nombre de elusión, para incorporarlo dentro de los esquemas de planeamiento tributario, indirectamente reconocen que la elusión, en sí misma, no es tan lícita.

Arteaga, Stephanie (2021) en su tesis titulada: La elusión fiscal en los contratos de cesión de posición contractual de cesiones mineras de 2021, con respecto a la elusión, evasión tributaria y el fraude a la ley tributaria, señala lo siguiente:

Por la elusión fiscal, la persona realiza un conjunto de acciones que tienen por finalidad el ocultamiento de un hecho económico que, para la ley tributaria tiene una consecuencia de pagar un impuesto; sin embargo, con estas acciones se obtendrá como resultado el no pago o pagar en gran monto el tributo que debería corresponderle, sin trasgresión de la norma. Para lograr ese objetivo utiliza simulaciones, o utiliza artificiosamente ciertas instituciones jurídicas de manera

anómala, aprovechando regulaciones de otra materia sin que ello signifique supuestos de ilicitud. Es decir, el contribuyente no vulnera el ordenamiento, si bien no trasgrede la norma, pero actúa con dolo, distorsionando el ordenamiento jurídico a su favor.

En tanto que la evasión tributaria es una trasgresión de la norma tributaria, constituye una acción ilícita, es decir, las acciones que realiza el contribuyente van en contra del ordenamiento legal con la finalidad de no pagar el tributo o pagar en menor monto a lo que le corresponde. En la evasión tributaria hay un engaño intencional, una defraudación al fisco mediante adulteración de documentos, registros, declaraciones, omisiones o llámese información falsa, imprecisa, incompleta que tiene como fin no cumplir con el pago de la deuda tributaria.

Por último, el fraude a la ley tributaria implica una figura de elusión fiscal en donde el contribuyente utiliza un contrato o vía legal (norma de cobertura) que no corresponde con la realidad económica del negocio que viene realizando, porque le debió corresponder otra norma legal, esa norma que tiene la verdadera carga fiscal de impuestos que debió haber pagado (norma defraudada). La única finalidad que lo llevó a realizar estas acciones, es precisamente para tener una ventaja tributaria de no pagar los impuestos o pagarlos en menor monto.

1.2.7. Facultad de fiscalización.

La fiscalización es una facultad de la Administración Tributaria que se define como el proceso de realización de labores, tareas, acciones de revisión, verificación, comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte del contribuyente.

Para Huamaní Cueva (2015), el procedimiento de fiscalización faculta a la Administración Tributaria a realizar una serie de acciones discrecionalmente decididas, tales como, la inspección, auditoría, investigación, control, requerimientos de información al propio contribuyente, realización de diversas acciones inductivas, pedidos de información a otras entidades, inspección de establecimientos o sedes de administración y/o fabricación, liquidación de impuestos mediante presunciones, incautación e intervención de documentos y/o registros contables que estén orientados a comprobar que el contribuyente haya cumplido de manera suficiente y oportuna sus obligaciones con el fisco.

La fiscalización resulta siendo una actividad administrativa en virtud del cual se verifica, comprueba e investiga las actividades de los administrados mediante la obtención de información; la inspección, desde un punto de vista administrativo, implica dos actuaciones: la comprobación y la investigación. En el ámbito tributario, Dino Jarach (1996) nos dice que la fiscalización implica la búsqueda y el reconocimiento de actividades económicas susceptibles de generar obligaciones tributarias para lo cual la Administración tiene facultades discrecionales para exigir determinada información, necesaria y suficiente, al deudor tributario a fin de aplicar el sistema fiscal. Por la fiscalización, la

Administración Tributaria, comprueba los hechos y declaraciones, en todo caso, procede a investigar hechos económicos relevantes para fines tributarios que no conoce o los conoce indirectamente por información entregada por terceros con la finalidad de liquidar el adeudo tributario.

1.2.8. Facultades discrecionales.

La Administración Tributaria ejerce su facultad de fiscalización para verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte del administrado y para hacer efectivo y eficiente esta fiscalización utiliza, dentro de este procedimiento, las facultades discrecionales. Entiéndase por discrecionalidad, a decir de Moreno (1998), como la decisión de una acción en función al juicio de oportunidad y no por criterios necesariamente jurídicos, sino, políticos, técnicos, o simplemente de conveniencia u oportunidad. Sin embargo, la discrecionalidad toma en cuenta los límites reglados, los principios generales del derecho, la necesidad de motivar las decisiones que justifiquen el acto, ello con la finalidad de proscribir la arbitrariedad y el abuso por parte de la Administración.

Pilar Rojo (2005), precisa que la discrecionalidad administrativa, en materia tributaria tiene capacidad limitada, vale decir, que no deben estar referidas a las prestaciones materiales o elementos sustanciales del tributo puesto que violaría el Principio de Reserva de Ley, que de entrada prohíbe cualquier actuación discrecional administrativa en el ámbito tributario. Esta discrecionalidad es aplicable dentro del Derecho Tributario Formal, más no en lo sustantivo.

Segura (2001) claramente señala que si bien la discrecionalidad permite a la Administración decidir libremente la acción a tomar en un caso concreto, esta tiene que estar dentro del marco de legalidad, evitando las acciones que no se encuentren previamente establecidos en la norma tributaria, de lo contrario la Administración estaría cometiendo un acto arbitrario, ilegal y, por tanto, reprochable por el ordenamiento jurídico.

Es necesario diferenciar cuándo estamos frente a un acto discrecional de la administración y cuándo ante un acto de arbitrariedad. Para ello citamos las definiciones contenidas en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Cabanellas (1994, p. 89)

- Discrecionalidad: Potestad o actuación caracterizada por la voluntad propia, sin otro límite que una tácita adecuación a lo establecido como justo o equitativo. Libertad para obrar o abstenerse; para resolver de una manera o de la opuesta. Determinación de penas o sanciones al arbitrio, aunque no con arbitrariedad.
- Discrecional: La facultad que no se halla sujeta a reglas concretas en su ejercicio, sino que se encomienda al buen criterio de un organismo, autoridad o jefe.
- Arbitrariedad: Acto, conducta, proceder contrario a lo justo, razonable o legal, inspirado sólo por la voluntad, el capricho o un propósito maligno, con abuso de poder, fuerza, facultades o influjos.

El profesor Felipe Iannacone (2001) señala que cuando la administración utilice la discrecionalidad debe hacerlo dentro de las políticas de planeamiento trazadas institucionalmente. Agrega que la discrecionalidad de administración pública, jamás violenta las garantías constitucionales que garantizan los derechos de los contribuyentes.

1.3. Definición de términos básicos.

1.3.1. Secreto bancario.

El secreto bancario es el deber que tienen las empresas del sistema financiero –bancos- de guardar reserva y confidencialidad de los datos e información financiera de sus clientes con quienes tiene una vinculación contractual por los servicios que la propia entidad presta. Desde un punto de vista subjetivo se señala que, en virtud a esta relación contractual cliente-banco se generan una serie de obligaciones para ambas partes. Izquierdo (2017) señala que en esta relación, por un lado, se encuentra al sujeto activo del derecho que exige el respeto del secreto y, por otro lado, el sujeto pasivo quien es el obligado a guardar el secreto.

El secreto bancario se desprende de una relación jurídica banco-cliente en el que este último le ha entregado información de su situación económica y patrimonial al primero gracias a una relación de confianza y que merece una reciprocidad de parte del banco para hacer viable la continuidad de dicha

relación. Este deber de confianza que ambas partes se deben se convierte en uno de los caracteres más remarcables de la operación bancaria.

1.3.2. Entidades bancarias.

Son denominadas también empresas del sistema financiero o entidades bancarias que captan los recursos económicos del público facilitando las colocaciones de las primeras emisiones de valores, su especialidad es trabajar con valores mobiliarios y brindan asesorías en materia financiera. Asimismo, administran los diversos tipos de cuentas de sus clientes tanto de personas naturales como personas jurídicas.

A decir de Soto (2021), las empresas del sistema financiero son personas jurídicas autorizadas por un órgano regulador estatal para captar recursos del público. No es cualquier empresa, sino que están altamente especializadas para llevar temas de financiamiento y de inversión; por eso, tienen un control exhaustivo por parte del Estado para que cumplan los requisitos que establece la ley.

Por su parte, Camacho (2019) señala que las entidades financieras son aquellas instituciones financieras que cumplen el rol de intermediarios financieros con la debida autorización de la Superintendencia de Banca y cuyas actividades están referidas a la captación de fondos públicos en calidad de ahorros y luego colocarlas en forma de créditos e inversiones.

1.3.3. Operaciones bancarias.

Coll (2022) define a la operaciones bancarias son todas aquellas operaciones que se realizan a través de las instituciones financieras, siendo las más comunes las operaciones pasivas, las operaciones activas y las operaciones neutras. Las operaciones pasivas tienen que ver con la captación de dinero del público para poder realizar acciones de financiamiento. Mientras que las operaciones activas están referidas al financiamiento de proyectos o financiamiento de adquisiciones de terceros. Por último, las operaciones neutras, son aquellas que sirven de mediación entre un particular y una entidad, como por ejemplo el cobro de impuestos que realizan las instituciones financieras por encargo de la Administración Tributaria.

1.3.4. Operaciones pasivas.

Se denominan operaciones pasivas a los depósitos que realizan los clientes a las instituciones del sistema financiero, es decir, depósitos de dinero u otro bien de valor a un banco con la finalidad de obtener una rentabilidad. Las entidades bancarias tienen como actividad recibir de sus clientes estos depósitos de dinero con la finalidad de colocarlos a favor de terceros a cambio de una tasa de interés llamada “tasa de interés activa”.

Estas operaciones pasivas convierten al banco en un deudor de la obligación porque deben devolver el dinero captado con una tasa de interés llamado “tasa de interés pasiva” y, por otro lado, el cliente bancario se convierte en un acreedor de la obligación.

Según Espinoza (2023), esta es una de las actividades principales a la que se dedican las empresas del sistema financiero y que tienen por finalidad la captación de dinero del público para financiar proyectos de inversión. Entre las operaciones pasivas más importantes que realizan las personas son las cuentas de ahorro, las cuentas a plazo fijo, las cuentas corrientes, giros, transferencias de productos, caja de seguridad, cambio de moneda, fondos mutuos, entre otras.

El Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con usuarios del Sistema Financiero de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, aprobado mediante Resolución de Superintendencia de la SBS N°8181-2012 del 25 de octubre de 2012, define las operaciones pasivas como la captación de fondos cualquiera sea la modalidad de contratación con el banco. Como ya hemos mencionado, estas pueden ser

(...) los depósitos en cuentas corrientes o ahorros, depósitos a plazo fijo, fondos mutuos, valores en custodia, bonos, cuentas mancomunadas, tarjetas de débito, certificados bancarios, CTS, etc. no importando si tales operaciones han sido realizadas por personas naturales o jurídicas. (Mesones, 2017, p. 169)

1.3.5. Operaciones activas.

Las operaciones activas que realizan los bancos son todas aquellas operaciones en las que las entidades bancarias colocan el dinero captado del público, vale

decir, el préstamo de dinero a diversas personas naturales o jurídicas a cambio de una tasa de interés activa con el propósito de financiar un proyecto, inversión o consumo.

Para Espinoza (2023) Estos préstamos obedecen a una evaluación que realiza el banco para asegurar su devolución, en algunos casos, el banco exige una garantía personal o real. Por ejemplo, entre las operaciones activas realizadas por los bancos podemos mencionar al Leasing, contratos de mutuo, pólizas de crédito, cartas fianzas, líneas de crédito, etc. Estas operaciones activas no solo están vinculadas al préstamo de dinero, sino que también el banco puede intermediar en la adquisición de bienes de gran valor como por ejemplo, bienes inmobiliarios, para lo cual los bancos realizan un contrato de hipoteca. En este tipo de operaciones, el banco se convierte en un acreedor del dinero mientras que el cliente es el deudor.

Blossiers Mazzini (2013) señala que las operaciones activas de la banca comercial están referidas a las operaciones de crédito que se dividen en: i) cuando el banco desembolsa fondos y, ii) cuando el banco otorgue su garantía como respaldo. Bajo la primera modalidad, el banco pone a disposición de un determinado cliente una cantidad de dinero solicitada bajo alguna modalidad de préstamo; mientras que, bajo la segunda modalidad de operación activa, el banco no efectúa ningún desembolso, por lo menos de manera inmediata, sino que garantiza o respalda con los sus recursos económicos de la entidad bancaria las obligaciones que su cliente haya asumido con un tercero. Y en el eventual

caso que el cliente garantizado no cumpla con su obligación frente al tercero, entonces, recién el banco tendrá que efectuar un desembolso de dinero que posteriormente cobrará al cliente.

1.3.6. El tributo.

Según el profesor Rubén Sanabria (2001), el tributo es un vínculo <ex lege> entre el individuo y el Estado, generando una obligación principal de carácter pecuniario susceptible de generar una deuda tributaria con la finalidad de proporcionarle los recursos económicos suficientes al Estado a fin que pueda cumplir con sus fines político-sociales, así como mejorar la redistribución de la riqueza. De no cumplirse con esta obligación, el Estado tiene la potestad de exigirlo coactivamente al administrado.

Se ha señalado que el tributo tiene varias acepciones; para Jorge Bravo (2003), el tributo puede ser entendido como: “i) cuantía en dinero, ii) una prestación del sujeto pasivo, iii) un derecho subjetivo del sujeto activo, iv) una relación jurídica, v) una norma jurídica, y, vi) un hecho.” (Bravo, 2003, p. 46).

Este mismo autor refiere que el tributo se define desde dos perspectivas: una perspectiva estática y una dinámica. Desde una perspectiva estática, el tributo es una prestación de dar, especialmente una prestación dineraria, este es el objeto de la relación jurídica-tributaria que se origina por el mandato expreso de una norma tributarias que tiene incidencia sobre un hecho económico. En tanto que, desde una perspectiva dinámica, el tributo se define como un fenómeno

normativo, es decir que el legislador describe en una hipótesis un hecho gravable que de realizarse en el plano concreto de la realidad genera una obligación con prestación pecuniaria de dar una suma determinada de dinero a favor del Estado con la característica de ser definitivo.

Importantes autores de la materia han definido el tributo, brevemente hacemos una referencia a estas concepciones:

Los tributos son las prestaciones comúnmente en dinero que el Estado exige, en ejercicio de su poder de imperio, a los particulares, según su capacidad contributiva, en virtud de una ley, y para cubrir los gastos que le demande el cumplimiento de sus fines. (Villegas, 2001, p.67)

Ingreso público de derecho público, obtenido por un ente público, titular de crédito frente al contribuyente obligado, como consecuencia de la aplicación de la ley a un hecho indicativo de capacidad económica, que no constituye la sanción de un ilícito. (Martín, 2009, p. 48)

El vínculo jurídico, cuya fuente mediata es la Ley, que nace con motivo de ocurrir o no hechos o situaciones que en la misma ley se designan y que originan en determinadas personas la obligación de realizar en favor del Estado una prestación pecuniaria para la satisfacción de las

necesidades colectivas, puede ser exigida por el Estado en forma coactiva. (Barrios, 1988, p. 21)

1.3.7. Características del tributo.

A decir de Velásquez (1997), las características más importantes del tributo son las que mencionamos seguidamente: es una obligación por imperio del Estado, constituye el pago de una prestación pecuniaria, su nacimiento es por mandato expreso de la ley, se cobra según la capacidad contributiva del deudor principal, se paga para proveer de recursos económicos al Estado necesarios para el cumplimiento de sus fines, su pago corresponde a las personas naturales y jurídicas.

1.3.8. Clasificación del tributo.

Conforme a nuestra legislación prevista en la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario, los tributos se clasifican en impuestos, contribuciones y tasas.

Los impuestos son tributos no vinculados que se pagan sin recibir ninguna contraprestación directa por parte del Estado. En tanto que las tasas y contribuciones son tributos vinculados a una actividad que realice el Estado en beneficio del contribuyente. Las tasas implican un beneficio individualizado de un servicio público administrativo que el Estado debe realizar en favor del administrado o por la explotación de bienes o recursos públicos; en tanto que las contribuciones, se pagan por recibir de parte del Estado una actividad que beneficia a un sector de contribuyentes.

Para el maestro brasileiro Gerardo Ataliba (1987), desde el punto de vista doctrinario, el tributo tiene una clasificación dual: tributos vinculados y tributos no vinculados a una actuación estatal, agrupando de estas dos maneras las definiciones del impuesto, tasa y contribuciones realizadas por la legislación tributaria. Así, los impuestos son tributos no vinculados porque el hecho económico previsto en la hipótesis de incidencia no se vincula a ninguna actividad estatal; en tanto que, las tasas y contribuciones tienen como hecho generador, según su hipótesis de incidencia, actuaciones estatales que benefician de manera individual o grupal a los contribuyentes.

1.3.9. El acreedor tributario.

El acreedor tributario es el titular de la acreencia del tributo, es el sujeto activo en la relación jurídico-tributaria y siempre va a ser un ente público o estatal. García (2009) nos dice que el acreedor de los tributos siempre va a ser el Estado que, en su rol de fisco o hacienda pública, ejercerá un poder sobre el administrado a través de órganos estatales a quienes en su favor se abonará el monto de la deuda tributaria.

Pueden incluso haber varios acreedores tributarios sobre un mismo deudor, es decir, que conforme el mandato de la ley, varias entidades públicas ser acreedores de un mismo contribuyente:

El acreedor tributario o sujeto activo es a favor del cual debe realizarse

la prestación tributaria (...) respecto de la titularidad del acreedor tributario, la norma prevé que pueden presentarse situaciones en las que varias entidades públicas son acreedores tributarios de un mismo deudor, y, en el caso que la suma no alcance a cubrir la totalidad de la deuda tributaria, se entiende que el Gobierno Central, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y entidades de Derecho Público con personería jurídica propia concurrirán en forma proporcional a sus respectivas acreencias. (Yangali, 2015, p. 100)

1.3.10. El deudor tributario.

Por su parte, el deudor tributario es el sujeto pasivo de la relación tributaria, es el sujeto quien deberá cumplir el adeudo tributario en favor del acreedor. Sainz (1993) refiere que el deudor tributario, en sentido jurídico amplio es aquella persona que se encuentra obligada al pago de la deuda tributaria; y, en sentido técnico estricto es quien que, por mandato de la ley, debe cumplir una obligación de índole tributaria en favor del Estado.

Los autores de la materia coinciden en señalar que el deudor tributario es:

[La] persona individual o colectiva a cuyo cargo pone la ley el cumplimiento de la prestación y que puede ser el deudor principal (contribuyente), o un tercero, a quien la ley designa como sujeto pasivo, pudiendo o no coincidir con el sujeto pasivo del tributo. (Bocchiardo, 2003, p. 143)

1.3.11. El contribuyente.

Los deudores tributarios, conforme la regulación del Código Tributario, puede ser en calidad de contribuyente o responsable. El contribuyente es el obligado principal de la deuda tributaria, es el titular de la riqueza gravada, es quien realiza el hecho generador imponible, como dice Sotelo Castañeda (2004), es el deudor por cuenta, su propia capacidad contributiva es la que está gravada por la ley, en cabeza de él recae el hecho imponible y, por tanto, resulta siendo obligado al pago del tributo. “En otras palabras, el contribuyente es aquél cuya capacidad contributiva tuvo en cuenta el legislador al crear la hipótesis de incidencia de algún tributo.” (Sotelo, 2004, p. 201)

1.3.12. La obligación tributaria.

En términos generales, se describe la obligación, según Felipe Osterling y Mario Castillo (2008) como un vínculo que une a dos o más sujetos, teniendo a uno de ellos como deudor que debe realizar una obligación en favor del otro a quien se le denomina acreedor, quien exigirá de su deudor, con amparo de la ley, el cumplimiento de dicha prestación para satisfacer un interés, según lo pactado. Agregan dichos autores, que el acreedor tiene el poder para exigir al deudor el cumplimiento de la prestación, en caso no llegue a cumplir o la cumple de manera tardía, parcial o defectuosa por razones imputables al deudor; en tales casos, el acreedor queda habilitado a iniciar todos los mecanismos para una cobranza coercitiva y exigir el resarcimiento del daño en caso corresponda e incluso con sus propios bienes.

Este mismo esquema descrito por Osterling y Castillo Freyre es aplicable, en cuanto a la obligación tributaria, que es un vínculo entre el acreedor tributario (siempre el Estado) y el deudor tributario (contribuyente y/o responsable) de tal forma que el deudor deberá cumplir con la prestación en favor del acreedor y de no hacerlo oportunamente, el acreedor (a través de la Administración Tributaria) podrá iniciar las cobranzas coercitivas que pueden alcanzar incluso al patrimonio mismo del deudor.

Dino Jarach (1996), por su parte señala que la obligación tributaria, desde un punto de vista jurídico, es una relación jurídica ex lege, vale decir que, por mandato de la ley, una persona en calidad de contribuyente o deudor va estar obligado a cumplir una prestación económica, pago de un determinado monto de dinero en favor de una entidad estatal en cuanto se corrobore en el plano real el presupuesto de hecho descrito en la norma como hipótesis de incidencia habiéndose configurado, de esta manera el hecho imponible.

Por su parte, Héctor Villegas (2001) define la obligación tributaria como la relación jurídico-tributaria principal, es decir, como un vínculo jurídico obligacional entre el Estado, como sujeto activo, y, el deudor, como sujeto pasivo, obligado a tener que realizar un pago en favor del primero. Asimismo, agrega que la mencionada relación jurídico-tributaria implica una doble connotación: Por un lado, a) la relación jurídica debe estar recogida en una norma legal que haya previsto una situación condicional (hecho imponible o

hipótesis de incidencia) y un resultado de naturaleza jurídica (el pago) y, por otro lado, b) en aplicación de esta misma norma, el fisco tiene el derecho a exigir, como sujeto activo, el cumplimiento de una pretensión (pecuniaria) a un sujeto designado por la ley, como sujeto pasivo de la relación, que deberá estar obligado a satisfacer dicha obligación. Tanto la pretensión del sujeto activo, como la obligación del sujeto pasivo es consecuencia jurídica de haberse producido el hecho imponible.

CAPÍTULO II

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN, HIPÓTESIS DE TRABAJO, OBJETIVOS POR ALCANZAR Y METODOLOGÍA APLICADA

2.1. Descripción de la situación problemática.

El secreto bancario es un derecho constitucional que se encuentra reconocido como derecho fundamental de la persona en el segundo párrafo del inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993. Este derecho es entendido como una derivación del derecho a la intimidad que busca proteger la información de carácter patrimonial y económico de una persona, específicamente, información financiera generada por las operaciones con los bancos y que las empresas del sistema financiero están obligadas a guardar confidencialidad frente a los requerimientos de terceros.

Este derecho tuvo su origen en el sistema anglosajón *common law* y nace con la misma práctica bancaria que obliga a las empresas financieras a resguardar la información de las personas que se vinculan contractualmente con ellas. Su génesis legislativa aparece en Suiza en 1934 (Ley Federal sobre bancos y ahorros bancarios de Suiza) cuya finalidad era atraer capitales extranjeros y proteger a inversionistas que huían de los países con altas cargas impositivas y con políticas confiscatorias arbitrarias, al mismo tiempo también, Suiza buscaba convertirse en un centro financiero internacional que le permita competir con otros importantes centros de la región como el de Londres, Paris o Berlín.

El derecho al secreto bancario ha sido recogido en muchos sistemas jurídicos del mundo, en algunos casos, en la propia Constitución y, en otros, en normas de rango legal. En el Perú es un derecho fundamental expresamente reconocido en la Constitución de 1993. Sin embargo, este derecho, como cualquier otro derecho fundamental, no es absoluto y la propia Constitución ha establecido, en el mismo artículo 2º, algunas excepciones que permiten su levantamiento y otorga facultades para acceder directamente a información financiera a un Juez, al Fiscal de la Nación y a una Comisión Investigadora del Congreso de la República, siempre que se refieran a un caso de investigación formal.

Asimismo, cabe mencionar que recientemente se ha reformado el texto constitucional en este aspecto, es decir, mediante Ley 31507 publicado el 03 de julio de 2022 se modifica el segundo párrafo del inciso 5 del artículo 2 de la Constitución con respecto al levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria. En primer lugar, el secreto bancario es reconocido taxativamente como un derecho fundamental de la persona que a la letra dice: “*Toda persona tiene derecho al secreto bancario y a la reserva tributaria y su levantamiento puede efectuarse a pedido de:*”. Y aquí viene el segundo aspecto de la reforma, se ha incorporado a dos nuevas entidades y/o autoridades que se encuentran facultados constitucionalmente a levantar el secreto bancario y la reserva tributaria: La Contraloría General de la República y la Superintendencia de Banca y Seguros para fines específicos de inteligencia financiera.

En definitiva, la reforma busca fortalecer la lucha contra los actos de corrupción, el lavado de activos y otros delitos vinculados a estos como el financiamiento al narcotráfico y/o terrorismo. El Contralor General de la República puede levantar directamente el secreto bancario de funcionarios y servidores públicos que administren o hayan administrado recursos del Estado o de entidades que hayan requerido recursos públicos; en tanto que, el Superintendente de Banca y Seguros a través de la Unidad de Inteligencia Financiera, puede también levantar el secreto bancario, sin necesidad de una autorización judicial, para perseguir delitos de lavado de activos y otros.

Es legítimo que el Estado Peruano priorice el interés común, el bienestar de la sociedad persiguiendo estos actos ilícitos que utilizan la figura del secreto bancario para esconderse y sustraerse de los alcances de la justicia; por ello, el orden constitucional relativiza el ejercicio de este derecho y permite el acceso de información financiera de las personas que se encuentren vinculadas a estos actos criminales. Pero también es importante tomar en cuenta que la Constitución ampara el derecho del Estado a ejercer potestad tributaria (artículo 74 de la Constitución) para asegurar la recaudación de los tributos que permitan el financiamiento del gasto público. Por tanto, también se convierte en un flagelo para la sociedad los actos de evasión y elusión tributaria que afectan el normal funcionamiento del Estado y rompen los principios de igualdad y equidad que obligan a toda persona a cumplir con sus obligaciones fiscales en proporción a sus capacidad contributiva y, amparándose indebidamente en el secreto

bancario, ocultan su patrimonio para sustraerse de los alcances de las labores de fiscalización tributaria.

Esta reforma constitucional, sin embargo, no alcanza a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT, pues, el ente recaudador no cuenta con la facultad de levantar directamente el secreto bancario cuando necesite información financiera para sus actuaciones de fiscalización y lucha contra la evasión y elusión tributaria. Entonces cabe preguntarse, ¿deber también habilitarse a la Administración Tributaria la prerrogativa de levantar el secreto bancario para que pueda acceder a información de las operaciones pasivas de los contribuyentes que se encuentren sujetos a fiscalización o para las labores generales de evasión y elusión tributaria? ¿Cómo hace la Administración tributaria para poder tener acceso a la información de los bancos, hay un procedimiento que debe seguir? ¿Es acaso el derecho al secreto bancario un obstáculo para la lucha contra la evasión y elusión tributaria?

Sin duda, la información financiera de las empresas bancarias resulta de suma importancia para que el Estado implemente políticas que le permitan luchar contra la evasión y elusión tributaria y, a través de su Administración Tributaria, cumpla con eficiencia su labor de fiscalización. El Perú tiene actualmente convenios con otros Estados que obligan a prestar asistencia mutua en cuanto a información financiera; asimismo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE establece una serie de estándares

internacionales y lineamientos que el Perú debe cumplir para ser parte de ella y pertenecer al grupo de países desarrollados. Por eso, nuestra legislación debe implementar una serie de mecanismos que permitan transparentar el origen del patrimonio y el seguimiento del dinero.

En general, a la luz del contexto actual, el secreto bancario más que beneficios está trayendo problemas puntuales relacionados con la economía nacional, el financiamiento público, la recaudación tributaria, las relaciones entre los Estados que cada vez necesitan compartir más información, problemas en los índices de criminalidad, problemas en el funcionamiento de un sistema tributario que cada vez deja de ser menos eficaz en cuanto a la igualdad y equidad en la recaudación. Por eso, muchos países no tienen previsto el secreto bancario en su constitución o, en todo caso, han reducido sus alcances para priorizar el interés público, convirtiéndolo en un derecho con ciertas restricciones que permitan proteger el legítimo interés del Estado, es decir, perseguir el delito y combatir la evasión y elusión tributaria que mucho daño hace.

En materia tributaria, los problemas que genera la vigencia del secreto bancario no son menores, entre los efectos más lesivos que dañan los aspectos sustanciales del Estado, podemos mencionar algunos: impide al Estado Peruano a implementar y desarrollar políticas que buscan luchar contra la evasión y elusión fiscal, limita enormemente la labor de fiscalización y control de la Administración Tributaria, facilita la fuga de capitales hacia países considerados paraísos fiscales, afecta el principio de igualdad en materia tributaria previsto en

nuestra constitución, genera competencia desleal de las empresas y altos índices de informalidad, fomenta la comisión de delitos de defraudación tributaria, disminuye sustancialmente la recaudación tributaria, distorsiona el sistema tributario haciendo que las políticas fiscales busquen gravar con tasas mayores a los impuestos de consumo y de renta afectando a los sujetos que cumplen formalmente sus obligaciones generando así una suerte de compensación dañina por lo que se deja de recaudar, convierte al sistema tributario en un sistema injusto e ineficiente, incrementa los costos de la Administración Tributaria para hacer más eficiente su labor de fiscalización y control.

El último párrafo del numeral 5 del artículo 2 de la Constitución, señala que el levantamiento de estos derechos fundamentales -en referencia al secreto bancario y a la reserva tributaria- debe realizarse conforme a ley y que obedezca a una decisión motivada. En efecto, cada titular deberá proceder a levantar el secreto bancario por causas debidamente justificadas. Precisamente por ello, la ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros reconoce el derecho al secreto bancario y prohíbe a los funcionarios y servidores de las empresas del sistema financiero a suministrar información de las operaciones pasivas con sus clientes con la salvedad de los supuestos previstos en los artículos 142; 143 y 143-A.

Por ello, cuando por fines tributarios, se requiera información financiera de las empresas del sistema financiero con respecto a una persona específica, el

artículo 143 de la Ley 26702, Ley del Sistema Financiero, establece un procedimiento por el cual la SUNAT deberá solicitar motivadamente a un Juez el levantamiento del secreto bancario, esta solicitud procede, según lo previsto en la norma, si se cumplen 2 presupuestos: i) que la persona de quien se pide levantar el secreto bancario se encuentre en un proceso determinado de investigación y, ii) que el levantamiento obedezca a que el Perú cumpla con lo acordado en los convenios internacionales o para que la administración cumpla con el ejercicio de sus funciones de fiscalización.

El juez evalúa la solicitud, autoriza y ordena el levantamiento del secreto bancario, para que, en un plazo de 10 días hábiles, a través de la Superintendencia de Banca y Seguros, se suministre información en la forma y condiciones solicitadas por la SUNAT; este es el procedimiento legalmente establecido para que se levante el secreto bancario para fines fiscales. Sin embargo, con la finalidad de perseguir la evasión y elusión, el gobierno dicta el Decreto Legislativo N° 1313 del 31 de diciembre de 2016 y, posteriormente, mediante el Decreto Legislativo N°1434 publicado el 16 de setiembre de 2018 se incorpora el artículo 143-A a la Ley 26702 por el cual se obliga a las empresas del Sistema Financiero a tener que suministrar de manera periódica información, distinta a lo establecido en el artículo 143 y sin que medie autorización del Juez. Además, este artículo, hace una remisión en blanco, para que, mediante un Decreto Supremo que a posteriori dicte el Ejecutivo regule los detalles en formas, condiciones, montos, y demás aspectos de la información que deberá suministrarse a la SUNAT.

Posteriormente, mediante Decreto Supremo N°430-2020-EF se reglamenta la información que las empresas del sistema financiero deberán suministrar a la SUNAT para combatir la evasión y la elusión tributaria y obligan a las entidades bancarias para que, a partir del 1 de enero de 2021, tengan que suministrar información de los saldos, montos acumulados, rendimientos generados, con identificación de sus titulares por montos iguales o superiores a 10,000 soles o su equivalente en moneda extranjera tanto de personas naturales o jurídicas de cada una de las cuentas que tengan habilitadas. Esta disposición fue modificada por el Decreto Supremo 009-2021-EF que básicamente cambió el monto de los saldos a informar (ya no diez mil soles, sino ahora, saldos iguales o superiores a 7 UIT o su equivalente en moneda extranjera) y que la información deberá contener un reporte mensual que será remitida semestralmente.

Como puede verse, este nuevo procedimiento previsto en el artículo 143-A de la Ley 26702 no sigue el procedimiento que se establece para el levantamiento del secreto bancario que obliga a la SUNAT a tener que solicitarla al Juez; sino que directamente, sin necesidad que haya un procedimiento de fiscalización en marcha e incluso sin que se precise específicamente de qué persona se requiere la información exige a los bancos se le suministre. Con esto, podríamos decir que, de manera general, se está levantando el secreto bancario de todas las personas sin que haya un filtro judicial de por medio. Obviamente se trata que la Administración Tributaria cuente con información para procesarla, evaluarla y contrastarla con las declaraciones propias del contribuyente o cruce de

información con terceros para, precisamente empezar las labores de fiscalización y luchar contra la evasión y elusión tributaria de manera general.

Pero también es preciso señalar que, si bien es legítimo que el Estado Peruano implemente políticas contra la evasión y la elusión, también es oportuno señalar que, con estas disposiciones legales, realmente se vulnera la constitución afectando directamente el derecho fundamental del secreto bancario de todas las personas sin necesidad que se encuentren en una investigación o procedimiento de fiscalización.

Entonces, la SUNAT o puede seguir el procedimiento para levantar el secreto bancario solicitando autorización del juez o, también, lo puede hacer directamente sin requerir dicha autorización. Muchas legislaciones en el mundo han contemplado otorgar las facultades a sus respectivas Administraciones Tributarias para acceder a información financiera de manera directa con fines de liquidar los impuestos, esa es la tendencia mundial, cada vez el secreto bancario se debilita y cede ante el interés público del Estado para perseguir delitos de lavado de activos, corrupción, financiamiento al narcotráfico y/o terrorismo y, también, para perseguir la evasión y elusión tributaria; por ello, se obliga a las empresas financieras a tener que proporcionar este tipo de información.

Sin embargo, encontramos un problema, nuestra legislación, en sus intentos de luchar contra la evasión y elusión, va en contrasentido con nuestra constitución ya que, en lugar de hacer más flexible la figura del secreto bancario lo ha

fortalecido elevándolo al rango constitucional, reconociéndolo expresamente como derecho fundamental y si bien, ha aumentado las excepciones autorizando a dos entidades públicas más para su levantamiento con fines de perseguir delitos de corrupción y lavado, se ha convertido en un obstáculo para implementar y ejecutar políticas contra la evasión y elusión fiscal, pues con este candado constitucional no se facilita suministrar información financiera a la Administración Tributaria.

Por ello, a la luz del problema identificado, nos preguntamos si ¿es pertinente mantener en la Constitución el secreto bancario como derecho fundamental? ¿Acaso, este derecho fundamental, reconocido así en la Constitución, impide al Estado Peruano a implementar políticas fiscales que permitan combatir la evasión y elusión tributaria? ¿Las normas de nuestro ordenamiento jurídico que obligan a las entidades del sistema financiero a proporcionar información financiera de sus clientes de manera directa y periódica a la SUNAT vulneran el derecho fundamental de la Constitución? ¿Se debe reformular la Constitución para habilitar también a la Administración Tributaria SUNAT para que goce de la prerrogativa de levantar el secreto bancario o es que es conveniente que nuestra constitución deje de reconocer el secreto bancario como derecho constitucional? ¿No es acaso que el escenario actual en el que se encuentra nuestra Constitución de 1993 y las leyes promulgadas, hace que las normas que pretenda limitar y restringir el secreto bancario resulte siendo claramente inconstitucionales porque vulneran expresamente un derecho fundamental? ¿Es necesario que el Perú flexibilice el derecho al secreto bancario para alinearse a

los estándares internacionales de transparencia fiscal y de intercambio automático de información financiera a nivel global?

2.2. Formulación del problema.

Formulamos las siguientes interrogantes que serán materia de investigación.

2.2.1. Problema principal:

- ¿El tratamiento del derecho al secreto bancario en la Constitución Política impide al Estado Peruano implementar políticas que permitan combatir la evasión y elusión tributaria?

2.2.2. Problemas específicos:

- ¿Las normas del ordenamiento jurídico peruano que obliga a las empresas del sistema financiero a suministrar información financiera de sus clientes a la Administración Tributaria - SUNAT vulneran el derecho fundamental del secreto bancario?
- ¿El Perú necesita flexibilizar el derecho al secreto bancario para alinearse a los estándares internacionales de transparencia fiscal y de intercambio automático de información financiera a nivel global?

2.3. Hipótesis.

2.3.1. Hipótesis principal.

- El tratamiento del derecho al secreto bancario en la Constitución Política impide al Estado Peruano implementar políticas que permitan combatir la evasión y elusión tributaria

2.3.2. Hipótesis secundarias.

- Las normas del ordenamiento jurídico peruano que obliga a las empresas del sistema financiero a suministrar información financiera de sus clientes a la Administración Tributaria - SUNAT vulneran el derecho fundamental del secreto bancario.
- El Perú necesita flexibilizar el derecho al secreto bancario para alinearse a los estándares internacionales de transparencia fiscal y de intercambio automático de información financiera a nivel global.

2.4. Objetivos de la investigación.

2.4.1. Objetivo general:

- Analizar si el tratamiento del derecho al secreto bancario en la Constitución Política impide al Estado Peruano implementar políticas que permitan combatir la evasión y elusión tributaria.

2.4.2. Objetivos específicos:

- Analizar e interpretar si las normas del ordenamiento jurídico peruano que obligan a las empresas del sistema financiero a suministrar información financiera de sus clientes a la Administración Tributaria vulneran el derecho fundamental del secreto bancario.
- Determinar si el Perú necesita flexibilizar el derecho al secreto bancario para alinearse a los estándares internacionales de transparencia fiscal y de intercambio automático de información financiera.
- Conocer la tendencia del Tribunal Constitucional con respecto al tratamiento del secreto bancario y su aplicación para fines tributarios.
- Comparar el tratamiento del secreto bancario con las legislaciones de países de Europa y de Latinoamérica.

2.5. Justificación de la investigación.

2.5.1. Importancia de la investigación.

La investigación resulta importante porque analizará si el derecho al secreto bancario como derecho fundamental previsto en la Constitución Política de 1993 impide al Estado Peruano implementar políticas que permitan combatir la evasión y elusión tributaria. Analizará e interpretará, asimismo, la constitucionalidad de las normas que limitan el acceso a la información financiera de las personas y si el derecho bancario viene perdiendo fuerza en las legislaciones del mundo para dar paso a los estándares internacionales de transferencia fiscal y a la necesidad de intercambio automático de información financiera en el mundo. Desde el punto de vista teórico, los resultados de la investigación incidirán en el marco constitucional con respecto al tratamiento de un derecho fundamental y sus implicancias en el ordenamiento jurídico que restringen el ejercicio de este derecho para priorizar las políticas contra la evasión y elusión y las actuaciones de fiscalización efectuadas por la Administración Tributaria.

Asimismo, la utilidad social que tendrá la investigación está orientada a garantizar un sistema tributario más justo y equitativo que procure distribuir las cargas tributarias según la capacidad contributiva de las personas y determinar si el Estado debería acceder a información financiera de los contribuyentes para fines estrictamente fiscales que le permitan combatir las prácticas de evasión y elusión en el pago de impuestos.

Desde el punto de vista de la trascendencia, la investigación es relevante porque a nivel general, todos los ciudadanos, en el desarrollo de nuestras

actividades económicas, hemos utilizado en algún momento el sistema financiero y, por tanto, nuestra información financiera no puede ser divulgada frente a terceros por seguridad; sin embargo, también estamos sujetos a ser fiscalizados por parte de la Administración para verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias; por tanto, el impacto en la vida económica de las personas naturales y jurídicas a quienes, con fines de revisión, el Estado Peruano podría acceder a esta información financiera con la finalidad de garantizar y salvaguardar una justa recaudación nacional.

2.5.2. Viabilidad de la investigación.

La investigación es viable porque el investigador es especialista en el tema tributario y tiene experiencia acreditada para el estudio del tratamiento constitucional del derecho al secreto bancario. Desde la perspectiva económica, se dispone de los recursos suficientes para contar con material bibliográfico e instrumentos de recojo de información. Por último, desde el punto de vista material, la información legislativa, jurisprudencial y doctrinaria se encuentra disponible en espacios físicos y virtuales. Asimismo, los recursos humanos que se emplearán tienen previsto contar con la participación de otros especialistas de la materia.

2.5.3. Limitaciones del estudio.

En general, no hay limitaciones en el estudio del tema de investigación, se tendrá acceso a información de doctrina nacional e internacional, así como jurisprudencia constitucional y comparación legislativa de otros países. Las

restricciones que podemos encontrar es el referido precisamente a los procedimientos de fiscalización tributaria que requieran información bancaria específica de contribuyentes que se encuentren en investigaciones de evasión y elusión tributaria, dichas actuaciones están bajo condición de reserva.

2.6. Metodología de la Investigación.

2.6.1. Diseño metodológico.

Tipo de investigación. Teórica-Dogmática. La investigación estudiará desde el punto de vista jurídico-dogmático la relación que se genera entre el tratamiento constitucional del derecho al secreto bancario y las políticas del Estado Peruano para combatir la evasión y elusión tributaria, considerando las teorías dogmáticas desarrolladas en estos temas.

Nivel de Investigación. Descriptivo y analítico. Describe la problemática generada por el tratamiento constitucional del secreto bancario y analizará su pertinencia e implicancias en el desarrollo del ordenamiento jurídico peruano que regulan el ejercicio de este derecho y el acceso del Estado a la información financiera de las personas.

2.6.2. Método de investigación.

Método Interpretativo y argumentativo.- La investigación analizará la problemática relacionada con el secreto bancario analizando las teorías dogmáticas e interpretando las teorías constitucionales y jurisprudenciales referidas a derechos fundamentales, el acceso a la información financiera, y la evasión y elusión tributaria para fundamentar las propuestas y conclusiones.

2.6.3. Diseños de investigación.

La investigación se desarrollará sobre un Diseño de Investigación No Experimental y de Corte Transversal; teniendo en consideración:

Diseño No Experimental, Describe, analiza e interpreta las teorías constitucionales y disposiciones legales referentes al secreto bancario, acceso a la información financiera de los contribuyentes y políticas de lucha contra la evasión y elusión tributaria.

Diseño Transversal. El estudio se relaciona con el derecho constitucional, derechos fundamentales y derecho tributario.

2.6.4. Técnica e instrumentos de recolección de datos. Obtención de fuentes de información indirecta, libros, tesis, pronunciamientos jurisprudenciales, legislación. La técnica que se utilizará en la recolección de datos es el análisis que se aplicará sobre documentos bibliográficos, legislativos, hemerográficos y electrónicos.

2.6.5. **Aspectos éticos.** El investigador respetará los derechos de autor registrando las fuentes bibliográficas y electrónicas consultadas citando, de acuerdo a las Normas APA 7 ed.

CAPÍTULO III

FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS DEL SECRETO BANCARIO

3.1. Generalidades.

El secreto bancario es una institución jurídica que ha venido evolucionando durante estos últimos años en todos los países que lo tienen regulado. La tecnología y la necesidad del Estado por conocer e intercambiar información financiera a nivel global para luchar contra el lavado de activos, la evasión fiscal y otros delitos conexos han hecho que muchos países realicen cambios importantes en sus legislaciones para conocer cada vez, con mayor detalle, los movimientos y saldos en las cuentas bancarias de las personas y las empresas. El secreto bancario es una práctica inherente a la relación banco-cliente en virtud del cual se obliga a la institución financiera y demás personas y/o entidades públicas o privadas que, por su función conozcan de información de los clientes, guarden confidencialidad de las operaciones realizadas en el sistema financiero. Esta relación se basa en la confianza de muchas personas y empresas que realizan numerosas operaciones y transacciones bancarias a nivel nacional e internacional a que su información sea divulgada y verse expuestos a los ojos de la criminalidad o a los apetitos de un gobierno autoritario que pretenda confiscarlos.

Sin embargo, a la luz de la actualidad, esta institución que data desde inicios de la práctica bancaria ya no justifica que sea un derecho infranqueable del cliente;

por el contrario, esta figura se ha distorsionado hasta convertirse, en muchos casos, en un instrumento útil para la comisión de determinados delitos: corrupción, lavado de activos, defraudación, narcotráfico, financiamiento de terrorismo, enriquecimiento ilícito, entre otros; además, que también constituye un serio obstáculo para luchar contra la evasión y elusión fiscal.

Por ello, el secreto bancario, como tal, es una institución cuyo tratamiento ha venido variando en casi todas las legislaciones del mundo y no son pocas las controversias que se han generado a su alrededor. Actualmente, la tendencia mundial ha sido limitar su ejercicio, restringir a lo mínimo lo que se guarda como secreto, abrir el acceso a las autoridades competentes a fin de luchar contra los delitos que se ocultan bajo el manto del secretismo así como perseguir la evasión y elusión fiscal que tanto daño le hace a un estado.

El acceso a la información financiera de las personas y/o empresas por parte del Estado no solo es una política interna de cada país sino que actualmente se ha convertido en un estándar internacional que exigen los organismos multinacionales que promueven el desarrollo económico y la transparencia de las prácticas de gobierno; por ello, los países adscritos a estos organismos internacionales o reunidos en acuerdos globales deciden intercambiar información financiera y tributaria bajo ciertos mecanismos de seguridad para hacer frente a las redes nacionales e internacionales de criminalidad y/o garantizar el cumplimiento de obligaciones fiscales.

3.2. Orígenes históricos del secreto bancario.

Contrario a lo que muchos piensan, el secreto bancario no tiene un origen legal ni menos constitucional, nace de la práctica bancaria, es decir, a través de una cláusula en el contrato celebrado entre las partes banco-cliente o, muchas veces entendida tácitamente, la entidad financiera guardará reserva de la información generada por la prestación del servicio bancario.

Posteriormente, esta práctica bancaria fue recogida por el derecho positivo, siendo una materia regulada en la legislación interna de cada estado hasta convertirse, en su momento, en una institución jurídica altamente respetada e incluso, en algunos países, lo tienen previsto en su propio texto constitucional, como es el caso de nuestro país. Bartels y Arias (2010) refieren que el secreto bancario tiene sus orígenes en el sistema Anglosajón “*common law*”, específicamente en Suiza, con la Ley Federal sobre bancos y ahorros bancarios (1934), aunque, como dijimos, la reserva de las operaciones bancarias, obedecía más a una costumbre, como un código de confidencialidad no escrito, semejante a la práctica del secreto profesional.

Según Vogler (2006), la regulación del secreto bancario en Suiza obedeció básicamente a dos razones: i) por un lado, fueron razones humanitarias que llevaron a proteger los activos de los judíos que eran perseguidos por los espías nazis y, ii) por razones económicas que motivaron a los banqueros suizos a buscar y atraer capitales que venían de otros países huyendo de las altas cargas

impositivas y, de esa manera, poder competir como centro financiero con Londres, París o Berlín.

Por su parte, Guex (2000) refiere que el secreto bancario no se crea con la Ley Federal sobre Bancos de 1934, ya existía este acuerdo consensuado entre los bancos y sus clientes. Guex explica que después de la primera guerra mundial, los banqueros suizos vieron en el secreto bancario una oportunidad para atraer capitales que salían de otros países huyendo del incremento de impuestos; entonces, con la inyección de estos activos, buscaron convertir a la banca Suiza en un centro financiero internacional atractivo para la región compitiendo con otros centros financieros.

Explican Bartels y Arias (2010) que la inviolabilidad del secreto bancario Suizo se ha mantenido por muchos años ante las presiones de otros países, como las de los gobiernos de Francia y Bélgica que, después de la I Guerra Mundial, intentaron que Alemania cumpla con las reparaciones post guerra acordadas en el Tratado de Versalles de 1919, pero el gobierno suizo se negó a levantar el secreto bancario argumentando la importancia para su economía y, por el contrario, endureció la legislación sobre ello disponiendo en la Ley Federal de Bancos de 1934 que la violación del secreto bancario constituye un delito perseguido de oficio por las autoridades y castigadas con sanciones penales.

Esta penalización a la violación del secreto bancario que Suiza reguló se debió básicamente a las presiones de Francia y Alemania que en la década de los

años 1930 trataban de evitar la fuga de capitales de sus respectivos países agravada con prácticas evasivas de impuestos. Después de la II Guerra Mundial, EEUU también presionó a Suiza para conocer los montos, orígenes y los propietarios de los depósitos en bancos suizos sin tener ningún resultado favorable pese a que el gobierno americano dispuso el congelamiento de los capitales y fondos suizos ubicados en Norteamérica.

Aunque Estados Unidos logró que los capitales de los alemanes depositados en los bancos suizos fueran confiscados en su momento, Bartels y Arias refieren que, siempre estuvo bajo la supervisión y autorización de las autoridades suizas que no dejaron que funcionarios extranjeros, especialmente de los EEUU, intervengan las cuentas de sus instituciones bancarias, lo cual hizo que el secreto bancario se mantuviera para inversionistas de otras nacionalidades conservando así la imagen y reputación de la inviolabilidad del secreto bancario suizo ante los demás países.

Las presiones han seguido contra el secreto bancario, no solamente contra Suiza sino contra los demás países que se niegan a brindar información de su sistema financiero. Así, según explica Zeiger (2005), en el año 2002 y 2003 la Unión Europea, si bien no logró que el gobierno suizo derogue el secreto bancario pero, si logró negociar que la legislación suiza incluyera en su ordenamiento un nuevo impuesto de 35% a las ganancias por intereses obtenidos por los residentes de la Unión Europea y que las tres cuartas partes de la recaudación de dicho impuesto sean destinados a los Estados de la Unión

Europea, tras la amenaza de imponer restricciones a los capitales provenientes de Suiza.

Este mismo acuerdo también ha sido logrado por la Unión Europea con países de Austria, Bélgica y Luxemburgo que se han negado a proveer de información y han preferido entregar el 75% de los impuestos pagados por los residentes de la Unión Europea por el rendimiento de sus capitales en beneficio de los países en el que sus inversionistas son residentes ubicados en la comunidad europea. Asimismo, otros Estados que no son miembros de la Unión Europea han accedido a compartir información de su sistema financiero o han optado por compartir un porcentaje de la recaudación de sus impuestos manteniendo a salvo su secreto bancario.

3.3. Fundamentos y naturaleza jurídica del secreto bancario.

Son diversas las teorías que fundamentan la naturaleza jurídica del secreto bancario. A continuación analizaremos brevemente las teorías más importantes en la cual se fundamentan:

3.3.1. Teoría del Contrato.

El secreto bancario es un “deber jurídico” del banco que se deriva de la relación contractual entre el banco y el cliente. Al igual que el secreto profesional que obliga a quien presta un servicio a su cliente, el banco también está obligado a guardar confidencialidad del servicio que presta. Por tanto, el deber de mantener

en secreto las operaciones financieras nace de la voluntad de las partes, debiendo quedar la información dentro de la esfera privada, inter-partes, sin que sea divulgada a terceros. En esa línea, las legislaciones de diversos países han previsto determinadas disposiciones que obligan a los bancos a adoptar una serie de medidas de protección de la información de sus clientes.

Según esta teoría, que ha sido abordada con mayor incidencia en la doctrina alemana, señala que, ante la ausencia de una norma que regule el secreto bancario, debe ser la voluntad de las partes la que obligue al banco a guardar silencio de las operaciones que se realizan con su entidad. Sichtermann (1965) señala que la base jurídica del secreto bancario es el contrato bancario de derecho privado y que, de este mismo contrato, se origina la obligación accesoria de guardar el secreto, porque la relación jurídica que se genera entre las partes está basado en una relación de confianza del cual surge una necesaria manifestación accesoria que, de no ser cumplida por el banquero, nace la obligación de resarcir el daño causado al otro contratante. Por tanto, el secreto debe ser respetado bajo el principio de la *culpa in contrahendo*.

Hamitz y Scheer (1969) señalan también que el secreto bancario constituye una obligación accesoria que se desprende del contrato banco-cliente, que contiene una manifestación de voluntad explícita o implícita debido a que el cliente le ha confiado información de su situación patrimonial, económica y de sus negocios al banquero en calidad de consejero y, además, porque el mismo banquero lo

necesita para poder prestar sus servicios; por tanto, le corresponde, en virtud de los acuerdos pactados en el contrato, guardar el secreto de dicha información.

3.3.2. Teoría del uso y costumbre.

El secreto bancario es una costumbre de la práctica bancaria que data desde inicios de la banca y que no ha necesitado de regulación normativa. Esta costumbre la han formado los propios banqueros, tanto que, en sus estatutos internos se han autoimpuesto la obligación de guardar en reserva la información de sus clientes. Es una obligación que viene adherida al servicio que los bancos prestan.

Molle (1966) sostiene que desde la práctica formal de préstamo de dinero que se realizaban antiguamente en Italia, el secreto bancario siempre ha estado presente en las relaciones entre el banco y el cliente. Mantener reserva de los negocios, patrimonio y recursos de su cliente frente a los terceros, ajenos a la relación contractual celebrada entre ellos, ha sido una práctica basada en la costumbre bancaria que luego fue trasladándose a los estatutos de los bancos para convertirse finalmente en una obligación habitual con carácter de costumbre jurídica y entendida como una norma tácita impuesta por la voluntad de las partes.

Sigue explicando Molle que la obligación de guardar reserva por parte de la entidad bancaria pasa a formar parte integrante de la relación contractual banco-cliente y que dicha obligación no sólo es en cuanto a lo que en el mismo contrato

se expresa sino también a todas las consecuencias que del acuerdo se deriven y de lo que la ley establece según el uso y costumbre de la práctica comercial. En tal virtud, la banca queda obligada a mantener en reserva toda la información y noticias que esté vinculada al contrato con su cliente y no solamente ello, sino que también a toda la información y operaciones sucesivas que se generen posterior al contrato e, incluso, el sigilio se extiende aun cuando el contrato haya fenecido.

De la misma idea es Garrigues (1957) quien refiere que el fundamento de la reserva a la que está obligada el banco en relación a su cliente se basa en la costumbre bancaria de celebrar un contrato basado en el principio de la confianza. El contrato bancario debe interpretarse y ejecutarse de acuerdo a la buena fe de las partes y que obliga no solamente en lo que él se expresa sino a las consecuencias jurídicas que se desprenden de los usos y prácticas de la costumbre mercantil.

3.3.3. Teoría de la ley.

Esta teoría señala que el secreto bancario tiene su fundamento en la ley; es decir, mediante el derecho positivo, una ley o la propia Constitución del Estado se impone la obligación a los bancos de guardar secreto de las operaciones que realizan con sus clientes. Asimismo, los propios ordenamientos jurídicos regulan sanciones en caso se incumpla con esta obligación; sin embargo, hay que tener en cuenta que, así como la norma ha previsto la protección del secreto bancario,

también ha previsto algunas excepciones puntuales que permiten el levantamiento de este secreto.

Jiménez de Parga (1969) señala que la ley es el fundamento jurídico del secreto bancario y que muchos países, si bien han recogido de la práctica de los usos y costumbres bancarias y mercantiles, han tenido que trasladarlo a la fuerza que otorga la norma legal para dar solidez y fundamento jurídico capaz de imponer una obligación jurídica a los bancos, dejando en el pasado el deber moral que tenían con los usos y costumbre mercantil para pasar a una obligación legal.

Esta concepción del secreto bancario como obligación jurídica debe entenderse con un doble significado; por un lado, la forma cómo legalmente debe regularse el ejercicio de este derecho y las consecuencias que se generan por su incumplimiento estableciendo las sanciones que cada ordenamiento debe prever y, por otro lado, los límites que la misma legislación debe contemplar para permitir el levantamiento del secreto bancario.

Di Amato (1983) refiere que el secreto bancario, bajo la norma legal, se ha convertido en un instrumento jurídico que evita la injerencia de terceros al patrimonio del individuo y que más bien contribuye a la libertad del titular en cuanto a su patrimonio; sin embargo, se encuentra sujeto también a las limitaciones de la norma por que ésta debe establecer claramente en qué casos el secreto se divulga o se entrega información a terceros legítimamente autorizados siempre resguardando la esfera patrimonial del individuo.

3.3.4. Teoría del secreto profesional.

El secreto bancario es un deber inherente a la actividad bancaria, es decir, es una obligación atribuida al banquero, precisamente por el servicio profesional que presta a su cliente debe guardar reserva. Según esta teoría, las relaciones que se entablan entre la institución financiera y su cliente están sustentadas sobre la base de la confianza; por lo tanto, la información que se producen por las operaciones bancarias debe quedar protegida en manos de quien la tiene, en este caso, el banco.

Así como el contrato entre el banco y el cliente pone a la entidad bancaria en la condición de informarse sobre los detalles de la vida privada de su cliente, especialmente en cuanto a su patrimonio y su aspecto económico, entonces, la consecuencia en el plano jurídico debe ser el deber u obligación correlativo que se traslada al banco de guardar secreto de las noticias e información entregadas por su cliente.

Como señala Cervini (2010), el contexto de esta teoría trata al banquero como un profesional al igual que un médico o un abogado que en su calidad de confidente necesario, vinculado directamente a su cliente, resulta siendo un depositario privilegiado de importante información que tiene que ver con la vida económica de su cliente que, sin duda, corresponden a la esfera privada del titular y que sólo lo recibe estando dentro de una prestación de servicios que la entidad presta.

La doctrina francesa se ha adherido mayoritariamente a esta teoría, en incluso, como refiere Cervini, la jurisprudencia de los tribunales franceses reconoce en el banquero como un “confidente operativo necesario”. En tanto que en España se considera que el secreto bancario es una modalidad que se deriva del secreto profesional y, como tal, los banqueros deben guardar silencio de la información que conocen de su cliente.

Por su parte Pardín (1990) señala que el banquero es portador de un secreto profesional porque recibe información confiada por su cliente; por tanto, le nace un deber correlativo de tener que custodiar esa información. En tanto que, Cremieux (1978) hace notar la necesidad de acudir al servicio de los banqueros, ya no debe entenderse ahora que los bancos prestan un servicio privado o que su uso es meramente facultativo, sino que ahora, la banca se asemeja a un servicio público en que las personas o las empresas tienen que acudir casi obligatoriamente para obtener un crédito o realizar alguna transacción que les permita realizar sus actividades de negocio o de su diario quehacer y que, cierta información de la vida económica de los clientes le son confiados a los profesionales de la banca; por tanto, corresponde al banquero someterse al secreto de carácter profesional.

3.3.5. Teoría del derecho a la intimidad.

Según esta teoría, la información que proviene del sistema financiero de cada una de las personas que la utilizan para realizar sus transacciones pertenece

exclusivamente a su titular, por tanto, el secreto bancario es un derecho inherente al ser humano y sólo él está autorizado a brindárselo a un tercero. El banco, por la posición que ocupa, conoce de la vida privada de sus clientes, sabe su capacidad de gasto, su patrimonio, su endeudamiento y demás aspectos que se encuentren vinculados al tema económico; por ello, no en vano, la información relacionada a los ingresos, las remuneraciones, los gastos, entre otros, obligan al banco a mantener en secreto la vida patrimonial y económica de sus clientes por estar vinculado directamente a la intimidad de la persona. Siendo entonces, el secreto bancario, parte del derecho a la intimidad, está se encuentra protegida como un derecho fundamental de la persona.

Algunos autores sostienen que el secreto bancario es una manifestación del derecho a la intimidad de la persona, por ende, los aspectos económicos y patrimoniales vinculados al individuo están dentro del alcance de protección constitucional al derecho a la intimidad que, con una interpretación extensiva, va más allá que la protección estrictamente al ámbito personal e íntimo. Sin embargo, hay quienes sostienen, bajo una interpretación restrictiva, que la información económica y patrimonial de la persona, es relativa y que no está contenida en el derecho a la intimidad porque, no en pocos casos, puede ceder ante intereses de orden público, como por ejemplo, la prevención en materia delictiva o la lucha contra la evasión fiscal en la que será necesario levantar este secreto para que el Estado pueda acceder a este tipo de información.

Cremieux (1978) refiere que el hombre por naturaleza guarda en secreto ciertos aspectos de su vida, le es inherente en esencia tener en secreto ciertos ámbitos de su vida personal; sin embargo, en determinados contextos va a tener que revelar información que hagan conocer su vida íntima que la ha mantenido en reserva, como por ejemplo, información económica, patrimonial que será revelada a los bancos como confidentes necesarios para el acceso a determinados servicios de la banca que resultan necesarios para el desarrollo de su vida.

Por tanto, ante la revelación de una parte de su vida privada, el cliente tiene el derecho de exigir a los banqueros la reserva de la información confiada. Y, por el contrario, a los que refieren que el aspecto patrimonial debe quedar fuera del ámbito de protección del derecho a la intimidad, la doctrina moderna considera que los aspectos económicos y patrimoniales también forman parte de la personalidad del individuo, porque de cierta forma, definen su característica y ciertos modos de vida; por tanto, deben ser considerados como parte del derecho a la intimidad y el secreto bancario es una manifestación de este derecho que contiene aspectos de la intimidad económica de la persona.

3.4. Fundamentos del secreto bancario en el derecho a la intimidad.

Como ya hemos señalado en líneas anteriores, toda persona tiene un espacio reservado para sí mismo apartándola del conocimiento de terceros, aspectos referidos a su personalidad, a su familia, a su patrimonio, a su economía, entre

otros. Alessandri (1971) entiende por íntimo a todo aquello que los otros no pueden tener injerencia ni siquiera para tomar conocimiento. El derecho a la intimidad entonces implica que los extraños están en la obligación de respetar la esfera estrictamente privada de un individuo y no pueden divulgar información, datos, actividades u otros aspectos que corresponden exclusivamente a la privacidad de un individuo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español, en la sentencia del 8 de marzo de 1974 ha señalado que la intimidad de una persona es el “derecho a mantener intacta, desconocida, incontaminada e inviolada la zona íntima, familiar o recoleta del hombre, es (...) un derecho a la personalidad, un derecho innato, individual o un derecho humano” (Cervini, 2010, p. 329).

En lo que respecta al vínculo contractual generado entre la entidad bancaria y su cliente esta obliga a la confidencialidad que debe guardar el banquero de la información que le ha sido confiada necesariamente por su cliente para poder acceder los servicios bancarios que requiere; por tanto, corresponde un deber correlativo por parte del banco que consiste en abstenerse a divulgarla ante terceros los antecedentes económicos de sus clientes. Este secreto tiene su fundamento en el derecho a la intimidad de la información y documentación, intimidad económica y patrimonial que corresponde a la esfera privada de un individuo.

Por eso, aun cuando se trata de asuntos económicos, el cliente de un banco puede exigirle a dicha entidad que guarde discreción de la información que le confió por tratarse de aspectos vinculados directamente a su vida íntima. El Tribunal Constitucional español ha precisado que cuando se indaga, averigua o examina en las cuentas bancarias de una persona lesiona el derecho a la intimidad y el instrumento jurídico que defiende la confidencialidad de este tipo de información es precisamente el secreto bancario que, como tal, si bien no se encuentra explícitamente previsto en la Constitución española, esta se encuentra formando parte del derecho a la intimidad, que protege determinadas esferas privadas de las personas reconocido expresamente en el numeral 1 del artículo 18 de la Constitución.

Por el secreto bancario se evita intromisiones indebidas, arbitrarias de cualquier persona, entidad o, incluso, del mismo Estado que, en determinadas situaciones, puede cometer excesos o abusos cuando se avoca a realizar investigaciones de orden económico y terminan lesionando la libertad del sujeto. Franco Dell' Issola, citado por Rosas (2015), refiere que la tutela del secreto bancario tiene que ver con la libertad de la persona humana ya que defiende su privacidad al mantener en reserva cierto ámbito de su vida y actividades que no están al alcance de perturbaciones e injerencias de terceros no autorizados e, incluso de las intervenciones abusivas de alguna autoridad. Por ello, el secreto bancario defiende la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad desde una perspectiva económica, evitando así exponerse al escrutinio público que sin

razón justificada, otros entes, públicos o privados, pretenden acceder a datos, actividades u operaciones que solo corresponde a la esfera íntima de su titular.

Asimismo, el secreto bancario, además de proteger el interés privado del individuo también protege el interés público, pues mantiene a salvo la estabilidad y credibilidad del sistema financiero y con ello se garantiza el desarrollo económico de la sociedad al poner en circulación, sin riesgo para su titular, recursos económicos que contribuirá a fortalecer el sistema económico del país.

Sin embargo, hay un aspecto importante por analizar, el derecho a la intimidad de la persona es, indudablemente una derecho fundamental inherente, innato a la persona humana, y, por tanto, protegido por el sistema jurídico en cualquier jurisdicción o Estado de Derecho; pero cabe preguntarse cuál es la delimitación de la intimidad, cómo podemos determinar la esfera íntima que goza de protección y, en relación al secreto bancario, como podemos delimitar el contenido económico que va a estar protegido por el derecho a la intimidad.

Juan Rosas (2015) señala que en determinadas circunstancias el derecho a la intimidad puede entrar en conflicto con otros bienes jurídicos que también se encuentran constitucionalmente protegidos, ante esta problemática de aparente conflicto corresponde al operador jurídico ponderar estos bienes jurídicos según cada caso concreto, sin que ello signifique que uno vale más que otro o que uno haya perdido validez. El resultado de dicha ponderación priorizará la aplicación de un bien jurídico sobre otro, dependiendo del valor que, en determinado

momento, le dará la sociedad, lo cual no significará una regla general para todos los casos, sino que es una solución para un caso en específico.

Asimismo, también cabe mencionar que si bien, como hemos señalado en líneas precedentes, el secreto bancario es parte del derecho a la intimidad o, por lo menos, se deriva del derecho a la intimidad; sin embargo, este no constituye el contenido esencial de dicho derecho. Sichtermann, citado por Rosas (2015), recogiendo la jurisprudencia alemana, señala que existe una gradualidad en la protección de la esfera privada de la persona. Una primera zona, es la esfera íntima del individuo que protege lo más íntimo, los aspectos personalísimos de un individuo, que no acepta ninguna intromisión de un tercero, que sin esa protección no es posible la dignidad humana. Y una segunda zona, denominada el ámbito secreto de la persona, que obliga a un particular a mantener en secreto determinadas situaciones, aspectos, información o de cualquier otra índole, como por ejemplo, el secreto bancario, que mantiene en reserva información económica y patrimonial del individuo.

Entonces el ámbito económico de una persona, si bien es una expresión del derecho a la intimidad; sin embargo, no forma parte del contenido esencial de ese derecho, es decir, no está en la primera zona de la intimidad protegida que resguarda lo más íntimo y personalísimo, sino que se ubica en la segunda zona de protección, como un secreto protegido. Aquí encontramos a un particular, la entidad bancaria, que se obliga por voluntad de las partes o por mandato de la ley a mantener en secreto información económica de su cliente.

De ahí que el secreto bancario no es un derecho absoluto, sino que el ordenamiento ha previsto determinadas limitaciones que permiten su levantamiento, especialmente cuando entra en conflicto con otros bienes constitucionalmente importantes para la sociedad. En tanto, haya un interés superior que demanda la sociedad o de interés público, el derecho a la intimidad, en su modalidad económica, protegido por el secreto bancario, queda ciertamente limitado y el ordenamiento jurídico otorga a determinados entes públicos competencia para que razonable y proporcionalmente accedan a información protegida por la segunda zona de protección del derecho a la intimidad: el secreto bancario.

3.5. Contenido y conceptualización del secreto bancario.

El secreto bancario es uno de los elementos más importantes en la actividad del sistema financiero. Constituye una regla fundamental por el cual se obliga a una de las partes, las entidades bancarias, a mantener en secreto las operaciones financieras realizadas con sus clientes, sean personas naturales o personas jurídicas, están prohibidas de divulgar la información a terceros, aun cuando se trate de un organismo público. Para ello, las normas jurídicas, han desarrollado una serie de disposiciones que fortalece el secreto bancario a fin de garantizar la reserva de la información financiera perteneciente a una persona como parte del derecho a la intimidad; sin embargo, también ha sido necesario regular una serie de excepciones que restringen el secreto bancario.

Hay muchas definiciones en la doctrina que conceptualizan el secreto bancario. Una definición didáctica y precisa es la que señala que: “El secreto bancario es la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros sin causa justificada los datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que lo vinculan” (Malarriaga, 1970, p. 120)

Jorge Bravo Cucci (2021), citando a Allan Brewer, sostiene la idea del derecho a la intimidad sectorial; es decir, que es posible hablar de derechos especiales que corresponden a cierto sector de la intimidad de la persona; así como hay un derecho a la intimidad religiosa, sexual, familiar, etc., también hay un derecho a la intimidad económica que está compuesta por el aspecto patrimonial de la persona y que también le alcanza la protección del secreto personal.

En ese contexto, el secreto bancario puede ser entendido como un régimen que se circunscribe al ámbito de las relaciones entre la institución bancaria y sus clientes; que impone, por un lado, la obligación de confidencialidad de la institución financiera sobre las informaciones que aquellos le proporcionan en relación con las operaciones realizadas con ellos y, por otro lado, un derecho del cliente. (Bravo, 2021, p. 2)

El secreto bancario funciona como un candado, como un seguro por el cual se impide a terceros acceder a información referida a los montos de depósito, saldos, identidad de los titulares de las cuentas, emisión de cheques y demás productos y servicios del banco, transacciones a nivel nacional e internacional, entre otros. Este derecho, en muchos países tienen protección legal, son pocos los países, como el nuestro, que su protección alcanza a nivel de la Constitución, dado que se encuentra previsto en el numeral 5 del artículo 2° de la Constitución Política de 1993 y, cuyo detalle y desarrollo se encuentra regulada, con algunas limitaciones, en la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros del Perú.

La jurisprudencia, por su parte, ha dejado sentada la posición que la prohibición que se impone a las instituciones del sistema financiero de suministrar información de sus clientes por aplicación del secreto bancario se enmarcan dentro del derecho a la intimidad, constituye una manifestación, una modalidad de expresión configurada en la intimidad económica de la persona.

Cabe precisar, asimismo, que este derecho no es absoluto, pues nuestra misma Constitución y las normas de rango legal han contemplado algunos supuestos, muy puntuales por el cual el secreto bancario puede ser levantado y dar pase al acceso a la información que estuvo protegida cuando hay un requerimiento debidamente justificado por autoridad judicial, Ministerio Público o una Comisión Investigadora del Congreso de la República, habiéndose actualmente incluido otros supuestos como la Unidad de Inteligencia Financiera – UIF a través de la

Superintendencia de Banca y Seguros para casos de delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo y la Contraloría General de la República para casos de corrupción de funcionarios públicos que administren recursos del Estado.

3.6. Problemática generada a raíz del secreto bancario.

El secreto bancario ha sido una práctica común que se ha originado en los usos y costumbres de la práctica mercantil entre el banquero y cliente, posteriormente ha sido regulado con la finalidad de dar una protección legal a este derecho que, por años, han gozado los clientes de un banco. Asimismo, esta figura ha servido a los estados, como Suiza y otros países actualmente de atraer capitales y convertirse un centro financiero importante. Sin embargo, cabe mencionar que el secreto bancario, como institución jurídica, ha contraído consigo algunos problemas que se han acentuado más aun cuando las legislaciones de los estados no han querido flexibilizar su aplicación, por el contrario, han establecido reglas más estrictas para sancionar su incumplimiento.

Actualmente, en un mundo en que la información es vital y que muchos gobiernos pactan acuerdos bilaterales o multilaterales para compartirla, el secreto bancario se ha convertido en un obstáculo para perseguir la criminalidad y luchar contra la evasión de impuestos. Son numerosos los casos en que las personas, amparadas en este derecho, lo utilizan para consumir una serie de delitos o sirve para ocultar sus ingresos y patrimonio de los alcances de la

autoridad fiscal que los persigue para que cumplan con sus obligaciones tributarias. Solo por citar los más importantes podemos decir que el secreto bancario resulta siendo una traba para perseguir los ilícitos de lavado de activos, el financiamiento al narcotráfico o al terrorismo, la corrupción de altos funcionarios de diferentes gobiernos, la evasión y la elusión fiscal, la fuga de capitales, entre otros aspectos colaterales que se desprenden, como por ejemplo, la distorsión del sistema tributario que trae como consecuencia que finalmente las cargas de impuestos se concentren solo en unos pocos cubriendo el forado que los evasores dejan de pagar.

Muchos países como Francia, España, Alemania, EEUU, entre otros han tenido que sufrir la fuga de capitales de sus territorios; las personas, empresarios y empresas deciden retirar o desviar cuantiosos montos huyendo de impuestos para llevarlos y ocultarlos en los territorios denominados “paraísos fiscales” o en los países que guardan celosamente la información financiera y tienen regulado de manera férrea el secreto bancario y, sabiendo que no se conocerá su identidad y los montos que tienen, alojan su patrimonio en estas entidades financieras, como los bancos Suizos. Esto genera por un lado, la merma en la recaudación del país residente del inversionista en donde evadió impuestos y, por otro lado, la capitalización del país que recibe los fondos gracias a que tiene un sólido secreto bancario que va en perjuicio de los otros países.

Los países afectados han cuestionado duramente la vigencia del secreto bancario y han luchado para que las legislaciones en el mundo disminuyan al

mínimo su protección o, por lo menos, la flexibilicen y permitan el acceso a la información para perseguir los casos de evasión y elusión. La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico – OCDE ha señalado que el secreto bancario es una “práctica desleal” que utilizan algunos países perjudicando a otros.

Boise señala que uno de los problemas más arraigados que se presenta en la Fiscalidad Internacional desde los últimos treinta años es precisamente la competencia fiscal dañina buscando formas de cómo hacer frente de manera adecuada y legal a los centros financieros *offshore* (2008, p. 2) y las propuestas planteadas por la Unión Europea o por la OCDE han sido consideradas por estos como una intromisión en su soberanía fiscal y han rechazado cualquier intento de contrarrestar el secreto bancario que permita el acceso o las formas justificadas de compartir información financiera en casos debidamente sustentados.

Bartels y Arias (2010) concluye que la vigencia del secreto bancario sin ninguna limitación dificulta seriamente cualquier intento válido por controlar la propiedad y hacer seguimiento al movimiento de capitales, ello, sin duda, constituye condiciones perfectas para la evasión y elusión tributaria y la comisión de otros ilícitos.

En materia tributaria, la fuga de capitales de un país a otro que tiene una regulación más flexible en cuanto al control del origen del patrimonio y que, a su

vez, protege la información bajo el manto del secreto bancario trae también problemas colaterales como la erosión y/o distorsión del sistema tributario de un país. Esto es, si un determinado país no cuenta con la recaudación suficiente para atender los gastos comunes del Estado, precisamente, porque muchos llevaron sus activos y patrimonio a otra jurisdicción hace que el sistema tributario del país perjudicado no funcione con eficiencia, carezca de recursos por la mínima recaudación que logran y toman la opción de aumentar la tasas y alícuotas de los impuestos vigentes para que los pocos que tributan carguen con los gastos públicos; estos pocos resultan siendo la clase asalariada, las pequeñas y medianas empresas; o en todo caso, se llega al extremo de crear nuevos impuestos que servirá para compensar la poca recaudación debido a que otros dejaron de pagar. O, lo que es peor, se decide por la reducción del gasto, la supresión de programas sociales importantes porque no se cuenta con financiamiento.

Sin embargo, la evasión y elusión fiscal, la distorsión del sistema tributario, la fuga de capitales, no son los únicos problemas que se encuentran vinculados al secreto bancario, sino también, están estrechamente relacionados a esta figura los actos criminales de lavado de activos, el financiamiento del narcotráfico o el terrorismo, la corrupción, el tráfico de drogas. Los criminales han utilizado las entidades del sistema financiero realizando operaciones internacionales para blanquear sus capitales provenientes de fuentes ilícitas. Muchas legislaciones en el mundo, en especial la de EEUU, ha endurecido sus leyes persiguiendo

estos delitos y se han encontrado con la barrera del secreto bancario de otros países que no les ha permitido rastrear los fondos a sus propietarios.

En 1970, EEUU promulgó la *Bank Secrecy Act* (BAS) con la cual se buscó identificar las actividades de lavado de dinero ingresando a información de los bancos norteamericanos que más bien eran filiales de bancos franceses, suizos y de las Islas Caimán que operaban en territorios norteamericanos protegiendo capitales de los clientes evitando la aplicación de las leyes americanas. Las autoridades federales rastreaban las operaciones extranjeras así como las que se realizaban a nivel doméstico. En 1986 la *Money Laundering Control Act* (MLCA) estableció penas de hasta 20 años de prisión por lavado de dinero considerándolo un delito federal y autorizó el comiso de las ganancias.

En 1992, EEUU, en su lucha por perseguir este delito promulgó la *Housing and Community Development Act* que estableció una suerte de protección a las entidades bancarias ante las demandas de sus clientes por haber suministrado información con reportes de actividades sospechosas. En 1994, se promulgó la *Money Laundering Supresión* (MLSA) autorizando que los reportes de las entidades bancarias sobre operaciones en los bancos americanos se centralicen en una sola agencia. En 1996, EEUU implementó el *Suspicious Activity Reporting System* (SARS) que administra información con un sistema de base de datos centralizado provenientes de las agencias federales de supervisión financiera que tengan sospechas de lavado de dinero y, además, de otros actos fraudulentos.

Estas reformas legislativas llevadas a cabo por los EEUU hicieron que muchos países tomaran especial atención a la persecución no solo del delito de lavado de activos sino a los demás delitos que se ocultaban en las entidades financieras. Ha habido esfuerzos multilaterales para contrarrestar la vigencia del secreto bancario argumentando que esta figura facilita la impunidad de estos criminales. Con el liderazgo del gobierno norteamericano, otros países han cifrado sus expectativas para que, en un futuro próximo, se regule mayores limitaciones al secreto bancario, si bien no eliminarlo, pero si regular excepciones a fin de perseguir la comisión de los delitos de lavado de activos, narcotráfico, financiamiento del terrorismo, corrupción, evasión, elusión y demás ilícitos que buscan su refugio en la confidencialidad bancaria.

3.7. Limitaciones impuestas al secreto bancario.

El secreto bancario ha sufrido serios cuestionamientos y presiones de muchos países y organismos para limitar su aplicación. Suiza es uno de los pocos países que ha sabido soportar los embates y presiones contra el secreto bancario; sin embargo, lo ha sabido mantener, demostrando una imagen ante el mundo con el mensaje que en dicho país se respetan los derechos a la libertad individual, dentro del marco del derecho a la privacidad; aunque ciertamente ha cedido ante presiones de la Unión Europea, la OCDE y la fuerza de los EEUU.

En el 2010 el parlamento de EEUU aprueba la Ley de Cumplimiento Tributario de Cuentas en el Extranjero (FATCA – siglas en inglés), mediante el cual el gobierno norteamericano obliga a sus contribuyentes a tributar al fisco americano independientemente del país o jurisdicción en que se encuentren o se ubique la fuente de sus ingresos, para ello, obliga a las entidades financieras a brindar información con respecto a las cuentas bancarias de sus clientes residentes americanos como una forma de solucionar la evasión y elusión fiscal. Algunos países se han visto en la necesidad de celebrar algunos acuerdos o convenios con el gobierno estadounidense para viabilizar la entrega de información financiera de sus ciudadanos.

En la investigación efectuada por De la Haza (2018), se precisa que Suiza, además de haber aceptado ciertas regulaciones al secreto bancario por exigencias de la Comunidad Europea y de la OCDE, también se ha visto obligada a flexibilizar las reglas del secreto bancario por las millonarias sanciones que recibieron sus dos bancos más importantes y antiguos, Credit Suisse con USD 260 millones y UBS con USD 780 millones por haber apoyado a la evasión fiscal.

Shields (2018) señala que, en el 2014, el gobierno Suizo, con el propósito de no perder su condición de Centro Financiero (que representa el 9.6% de su PBI), se vio obligado a firmar un acuerdo Multilateral entre autoridades competentes para intercambiar información financiera de las personas que son requeridas, teniendo que levantar el secreto bancario de las personas que han sido

condenadas por el delito de defraudación tributaria. El tratado fue ratificado en el 2016 y dicho país se comprometió a efectuar el intercambio automático de información de las cuentas bancarias con la Administración Federal de Impuestos.

Actualmente, las casi 300 empresas bancarias que tiene Suiza y otros importantes bancos de diversos países se han visto más predispuestos a atenuar las reglas del secreto bancario; sin embargo, ello pasa también por la flexibilización legal que deben contemplar las legislaciones de los países más reacios a variar las reglas del secreto bancario. La información se hace cada vez más necesaria y, con la facilidad de la tecnología, esta información se obtiene de manera inmediata y completa con respecto a una persona y sus operaciones bancarias en cualquier parte del mundo.

Ahora, no es necesario la autorización de la persona natural o jurídica para que el levantamiento del secreto bancario le sea aplicable, solo es cuestión que la legislación del país lo permita y las personas que se encuentren vinculadas a los ilícitos criminales de lavado de activos, narcotráfico, terrorismo, defraudación tributaria, peculado, corrupción y otras conductas que riñan con el ordenamiento jurídico o entren en conflicto con intereses superiores del Estado sean puestos a disposición de las autoridades competentes que lo requieran con toda la información de su situación financiera.

CAPITULO IV

MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL SECRETO BANCARIO EN EL PERÚ

4.1. Antecedentes normativos.

La regulación del secreto bancario en el Perú data desde 1902 con el Código de Comercio, norma que, en ese tiempo, regulaba los temas del sistema financiero en nuestro país. Posteriormente, en 1931 se promulga la primera Ley de Bancos mediante Decreto Ley N°7519, con el que se crea la Superintendencia de Bancos, la misma que rigió hasta el 30 de junio de 1991. Los artículos 16 y 103 de esta norma establecía la prohibición del Superintendente, los funcionarios y los empleados de la Superintendencia a proporcionar información de las empresas bancarias y de las operaciones que realizaban personas ajenas a la Superintendencia, de no cumplirse con esta obligación, la norma establecía la destitución de dichos funcionarios, sin perjuicio de las sanciones penales que podrían corresponder, según disponía el artículo 363 del Código Penal de esa época.

Con la Constitución Política del Perú de 1979, en su artículo 2, inciso “b” se reconoce el derecho a la intimidad de la persona, derecho en el cual se fundamenta el secreto bancario como obligación impuesta a la entidad bancaria para garantizar la reserva de la información de sus clientes. En 1991, se promulga el Decreto Legislativo N°637 que aprueba la nueva Ley de Bancos y

en ella se reconoce, con rango de ley, el secreto bancario como “Reserva Bancaria”. Recién en 1993, con la promulgación del Decreto Legislativo N°770 se denomina “Secreto Bancario” haciendo algunas variaciones con respecto a la regulación anterior.

En 1993, se dicta la nueva Constitución Política del Perú y en su artículo 2 inciso 5 se reconoce como derecho fundamental de la persona el derecho al Secreto Bancario, es un reconocimiento expreso a nivel constitucional, ciertamente con algunas limitaciones que permiten levantar dicho secreto por orden de la autoridad judicial, el Fiscal de la Nación o una Comisión Investigadora del Congreso de la República. Posteriormente, mediante la promulgación de la Ley N° 26702, Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, se regula con más detalle los alcances del secreto bancario en el Perú.

4.2. El secreto bancario en la Constitución Política de 1993.

De conformidad con el inciso 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993, a toda persona le asiste el derecho a pedir y a recibir la información que requiera a cualquier entidad pública, excepto en los casos que están referidos a la intimidad de la persona y los que, por razón de seguridad nacional, expresamente la ley los excluye.

En cuanto al derecho al secreto bancario, el texto constitucional literalmente dispone: “El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido

del juez, del Fiscal de la Nación, o de una Comisión Investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.” (Constitución Política del Perú, 1993, inciso 5 del artículo 2)

Sin embargo, cabe mencionar que, mediante la Ley N°31507¹, Ley de reforma constitucional que modifica el inciso 5 del artículo 2° de nuestra Constitución Política, publicada en el diario Oficial “El Peruano” el 3 de julio de 2022, se incorpora a la Constitución el reconocimiento expreso como derechos fundamentales de la persona, el secreto bancario y la reserva tributaria; además, se amplía las entidades públicas que tienen facultado el levantamiento de dichos derechos sin que sea necesario previa autorización judicial.

La reforma constitucional, expresamente dispone lo siguiente:

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...] 5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. Toda persona tiene derecho al secreto

¹ La ley de reforma constitucional, Ley N° 31507, tiene su antecedente en la Ley N°31305, publicada el 23 de julio de 2021 y que fuera declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia N° 918/2021. El texto legal que modifica el inciso 5 del artículo 2° de la Constitución Política de 1993 es idéntico al contenido de la ley declarada inconstitucional.

bancario y la reserva tributaria. Su levantamiento puede efectuarse a pedido:

1. Del juez.
2. Del Fiscal de la Nación.
3. De una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.
4. Del Contralor General de la República respecto de funcionarios y servidores públicos que administren o manejen fondos del Estado o de organismos sostenidos por este, en los tres niveles de gobierno, en el marco de una acción de control.
5. Del Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones para los fines específicos de la inteligencia financiera.

El levantamiento de estos derechos fundamentales se efectúa de acuerdo a ley, que incluye decisión motivada y bajo responsabilidad de su titular. (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 2, inciso 5)

La modificatoria consiste, como ya lo hemos mencionado, en reconocer a nivel constitucional y de manera expresa como derecho fundamental de la persona, el derecho al secreto bancario y a la reserva tributaria y que sólo pueden ser levantados, además de lo que ya establecía el texto constitucional en su redacción anterior, incorpora a la Superintendencia de Banca y Seguros y a la Contraloría General de la República quienes están facultados a solicitar

información directamente a las entidades bancarias sin que previamente se pida la autorización de un Juez.

La finalidad de esta reforma constitucional ha sido la de dotar de una herramienta jurídica que restringe y limita el derecho al secreto bancario y a la reserva tributaria para detectar operaciones sospechosas realizadas a través del sistema financiero que lleven a perseguir la comisión de actos delictivos como el lavado de activos y otros ilícitos penales que podrían refugiarse en el telón del secreto bancario. Ahora, la labor de requerir información a las empresas del sistema bancario corresponde también a la Unidad de Inteligencia Financiera – UIF con la debida motivación del titular de la SBS. Por su parte, el Contralor General de la República también se encuentra facultado a levantar el secreto bancario y la reserva tributaria sin necesidad de recurrir a una autoridad judicial; esta facultad constitucional le permite requerir información directamente a los bancos pero sus alcances son solamente para los funcionarios y servidores públicos que, por su función, administren recursos públicos. Claramente la finalidad que se persigue con esta reforma constitucional es la de perseguir el delito de lavado de activos y luchar contra la corrupción.

Como se puede concluir, la modificatoria de la Constitución en lo que respecta a las entidades que se encuentran facultados al levantamiento del secreto bancario no se incluye a la Administración Tributaria, es decir no hay forma de acceso directo a la información financiera de los bancos para utilizarla con fines fiscales. Por tanto, el ente recaudador deberá seguir el procedimiento

legalmente establecido en caso requiera información bancaria de algún contribuyente en específico solicitando autorización del Juez. Sin embargo, ello no es óbice para limitar el acceso a la información de los bancos por parte de la Administración Tributaria porque, con disposiciones de rango legal (no constitucional) se obliga a los bancos a remitir de manera periódica reportes de las operaciones que se realizan, aunque estas disposiciones legales han sido cuestionadas, precisamente, porque se piensa que rebasan los límites constitucionales del derecho fundamental al secreto bancario.

4.3. El secreto bancario concebido como parte del derecho a la intimidad.

La doctrina y la jurisprudencia ha sido unánime en sostener que el derecho al secreto bancario se fundamenta en el derecho a la intimidad. El derecho a la intimidad también se encuentra recogido en nuestra Constitución de 1993 que establece que toda persona tiene derecho “Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.” (CPP, 1993, Inciso 7, Artículo 2). El Tribunal Constitucional ha señalado en diversos pronunciamientos que los terceros no pueden acceder a información de la vida privada de una persona, lo cual, también debe entenderse a información relacionada a las comunicaciones, documentos y datos personales.

El Tribunal Constitucional peruano, siguiendo la tendencia de la jurisprudencia internacional, sostiene que el derecho a la intimidad es un derecho que implica una libertad en sentido negativo, es decir, que este derecho se consolida con el

impedimento a los terceros a acceder a la información privada de la persona. Ahora bien, este impedimento no solo es para otras personas o entidades privadas sino que también el propio Estado se encuentra impedido de acceder a la esfera privada de cualquier ciudadano. Sin embargo, hay excepciones que se encuentran expresamente regulados en la ley, como por ejemplo, un juez puede autorizar levantar el secreto de las comunicaciones o intervenir las comunicaciones de una persona para casos debidamente justificados como la investigación de un delito.

En la STC. Exp. N°00004-2004-AI/TC el Tribunal Constitucional precisó que el secreto bancario y la reserva tributaria busca proteger un aspecto de la vida privada de las personas, pues la información obtenida por los bancos constituye un “biografía económica del individuo” poniendo en riesgo no solo su vida privada sino también su seguridad e integridad. Por su parte, en la STC. Exp. N°01219-2003-HD/TC. El Tribunal enfatizó que el secreto bancario pretende asegurar la reserva o confidencialidad de una parte de la vida privada de las personas naturales o jurídicas de derecho privado. Se entiende entonces que el secreto bancario protege una parte del contenido constitucional del derecho a la intimidad tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas de derecho privado.

Al respecto, en relación al derecho a la intimidad y al secreto bancario de las personas jurídicas de derecho privado, Mesones Abanto señala que:

[...] las personas jurídicas no tienen derecho a la intimidad, como si cuentan las personas naturales, y esto constituye el núcleo duro de los derechos fundamentales, por ello cuentan con una mayor protección y su limitación es excepcional; situación que no ocurre en el contexto del secreto bancario y reserva tributaria, por cuanto la norma constitucional prevé su levantamiento tanto para las personas naturales como jurídicas, cuya finalidad es conocer concretamente su situación económica; de allí que podrá deducirse que constituye un derecho vinculado a aspectos patrimoniales, que implican actividades financieras, por lo tanto, forman parte de la privacidad económica; y como derecho no pierde vigencia para su titular. (Mesones, 2017, p. 166)

El derecho a la intimidad también tiene una parte de información que se encuentra relacionada con el aspecto económico y patrimonial de la persona, como sus propiedades, sus inversiones, sus gastos, sus cuentas del banco, entre otros; esto es lo que se puede decir que contiene el derecho a la intimidad económica y que también merece la protección de confidencialidad; sin embargo, su acceso si podría estar permitido, estrictamente por razones de interés público para que determinadas autoridades puedan acceder sin mayor restricción más que la debida justificación de su intervención, Ministerio Público, Poder Judicial, por ejemplo.

Entonces el derecho a la intimidad en la modalidad económica contiene, entre otros, información relacionada con las operaciones bancarias, no es un derecho absoluto ni inmutable y cede ante el interés público. La norma expresamente contempla las excepciones al levantamiento al secreto bancario facultando a algunas entidades del Estado a requerir información específica con respecto a las operaciones financieras, por lo cual, los bancos están obligados a tener que suministrarla. Entonces, el derecho a la intimidad en la modalidad económica, ya no tiene la misma protección como si se tratara de aspectos estrictamente personalísimos.

Sin embargo, pese a estas limitaciones que tiene el derecho a la intimidad-económica en el que se disminuye la intensidad de su protección al concurrir requerimientos justificados por parte de una autoridad competente, no encontramos a la Administración Tributaria con la facultad de levantar el secreto bancario de manera directa, sino a través de una autorización judicial, aun cuando las razones para que goce de esta atribución resultan siendo de claro interés público como lo es la lucha contra la evasión y elusión fiscal que resultan siendo muy dañinos para los intereses nacionales porque merman los recursos públicos cuando los contribuyentes no cumplen con la obligación de contribuir con los impuestos que les corresponde para el sostenimiento del Estado.

En conclusión, el secreto bancario forma parte del derecho a la intimidad de una persona, se encuentra relacionada con la información de carácter económico y patrimonial, y como tal requiere de una protección jurídica frente a los terceros.

Sin embargo, también es importante precisar que este derecho a la intimidad económica no puede constituirse en un instrumento para ocultar conductas delictivas que, conforme a nuestra legislación penal, son perseguidos y sancionados por el Estado, como por ejemplo el lavado de activos, financiamiento al terrorismo, al narcotráfico, entre otros. El Estado tiene el legítimo interés de garantizar el bien común y si para ello es necesario el levantamiento del secreto bancario a fin de acceder a información que busque reprimir estas conductas delictivas entonces es válido regular limitaciones y/o exoneraciones a este derecho.

Ahora bien, el secreto bancario cede ante el interés legítimo del Estado para perseguir ilícitos de orden penal y así lo entiende nuestro legislador constituyente al haber agregado en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución otras entidades públicas con la facultad de levantar el secreto bancario; sin embargo, no se ha incluido a la Administración Tributaria, como un órgano autorizado a solicitar directamente información financiera de los contribuyentes pese a que, bajo el manto del secreto bancario, no solo se cometen los delitos ya mencionados, sino que también hay conductas ilícitas de orden tributario como la defraudación, la evasión, la elusión, fuga de capitales que también interesan al Estado.

4.4. Los límites al secreto bancario en nuestra legislación peruana – Ley N°26702.

Las limitaciones al secreto bancario han sido desarrollados en la Ley N°26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, conocida como la ley de la banca, a partir del artículo 140 a 143-A.

La Ley N°27693 publicada el 12 de abril de 2002 modificó el artículo 140 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, Ley N°26702, prescribe que:

Está prohibido a las empresas del sistema financiero, así como a sus directores y trabajadores, suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, a menos que medie autorización escrita de éstos o se trate de los supuestos consignados en los artículos 142 y 43. También se encuentran obligados a observar el secreto bancario: 1) El Superintendente y los trabajadores de la Superintendencia, salvo que se trate de la información respecto a los titulares de cuentas corrientes cerradas por el giro de cheques sin provisión de fondos. 2) Los directores y trabajadores del Banco Central de Reservas del Perú. 3) Los directores y trabajadores de las sociedades de auditoría y de las empresas clasificadoras de riesgo.

(Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, 1999, artículo 140)

prohíbe tanto a los funcionarios y trabajadores de las entidades financieras así como también al Superintendente y trabajadores de la Superintendencia de Banca y Seguros, a los Directores y trabajadores del Banco Central de Reserva y a los directores y empleados de las empresas de auditoría y de las empresas clasificadoras de riesgo a suministrar información de las operaciones pasivas de los clientes de las empresas bancarias, salvo que se trate de los supuestos previstos en los artículos 143 y 143-A de esta ley. Por su parte el artículo 141 de esta ley prevé las sanciones penales y administrativas en caso que no se cumpla con esta obligación, así como también considera como falta grave, en materia laboral, para el trabajador o funcionario que no observe esta obligación o, en todo caso, pasible de una multa, aunque no establece el monto ni la forma de cálculo.

Los artículos 143 y 143-A de la Ley de banca (Ley N°26702) establecen quiénes son las autoridades facultadas y los procedimientos que se deben seguir para el levantamiento del secreto bancario que permita acceder a información de las operaciones pasivas de los clientes que utilizan el sistema financiero. El artículo 143 de esta ley precisa que pueden requerir el levantamiento del secreto bancario:

1. El Juez, siempre que se encuentre en el ejercicio regular de sus funciones con referencia específica a un proceso determinado en la que se encuentre involucrado el cliente de la entidad financiera. Para el caso de la SUNAT, tendrá que solicitar de manera motivada el levantamiento del secreto bancario ante el despacho de un juez. (analizaremos más adelante el procedimiento que debe cumplir la Administración Tributaria para solicitar judicialmente el levantamiento de este secreto)
2. El Fiscal de la Nación cuando presuma la comisión de enriquecimiento ilícito de los funcionarios o servidores públicos que hayan utilizado o utilice fondos del tesoro público o se trate de organismos que tengan un financiamiento económico por parte del Estado.
3. El Fiscal de la Nación o las autoridades competentes de otro país con el que el Perú tenga suscrito un convenio para perseguir y sancionar delitos relacionados con el tráfico de drogas, terrorismo o en caso de personas que realicen operaciones sospechosas de lavado de activos o de personas que se encuentren involucradas por transacciones sospechosas cuya investigación les puede alcanzar.
4. El Presidente de una Comisión del Congreso de la República en relación a determinados hechos que tengan que ver con el interés público.
5. El Superintendente de Banca en el ejercicio de sus funciones y de supervisión.

Ahora bien, el numeral 1 de este artículo establece el procedimiento que debe seguir la Superintendencia Nacional de Aduanas y de la Administración

Tributaria – SUNAT para requerir información del sistema financiero; este pedido solo lo podrá hacer en caso se trate de cumplir con las obligaciones provenientes de los Tratados Internacionales o de las Decisiones de la Comisión de las Comunidad Andina de Naciones (CAN) o, cuando la Administración Tributaria, se encuentre dentro del ejercicio regular de sus funciones.

Para solicitar el levantamiento del secreto bancario, la SUNAT deberá remitir una solicitud debidamente motivada al juez, quien deberá resolver en un plazo de 48 horas a partir de la presentación de la solicitud. Aprobada dicha solicitud mediante resolución judicial, la información requerida por la Administración deberá ser remitida en un plazo de 10 días hábiles de notificada la decisión y que, excepcionalmente, puede ser prorrogada por un plazo similar siempre que, a criterio del juez, lo considere justificado.

Asimismo, cabe mencionar que la información requerida a las entidades bancarias por parte de la Administración Tributaria, que ya cuentan con la aprobación del juez, deberá ser entregada en la forma y condiciones que fije la SUNAT y que solamente podrá ser utilizado, como ya hemos mencionado, para cumplir con lo acordado en los tratados internacionales celebrados por el Perú o en las Decisiones de la CAN, así como también, para el ejercicio de las funciones, vale decir, para las labores de fiscalización tributaria. De no ser así, el incumplimiento de lo dispuesto en esta ley deberá ser sancionado como una falta grave de carácter administrativo.

También es preciso señalar que recientemente, mediante Decreto Legislativo N°1313 de fecha 31 de diciembre de 2016, el mismo que fuera modificado por Decreto Legislativo N°1434 de fecha 15 de setiembre de 2018 se ha incorporado el artículo 143-A a la Ley de Banca y Seguros, Ley N°26702, que dispone que las empresas del sistema bancario deberán proporcionar a la SUNAT información financiera de manera periódica conforme a las condiciones y formas que requiera la Administración, para lo cual se tendrán que dictar Directivas y Reglamentos posteriores. Lo que dispone este artículo, en realidad son parámetros generales que deberán cumplir las entidades financieras a fin de cumplir con entregar información de operaciones específicas de sus clientes de manera directa y sin seguir el procedimiento de solicitud ante el juez.

Es importante señalar que esta norma ha sido seriamente cuestionada con respecto a la validez de constitucionalidad, pues deja abierta la posibilidad de que el ente recaudador - SUNAT pueda acceder de manera directa a fin de obtener información financiera de las operaciones pasivas sin que siga el procedimiento regular establecido en el numeral 1 del artículo 143 de la Ley N°26702, pues expresamente se establece que las instituciones bancarias se encuentran obligadas a proporcionar información financiera diferente a la regulada en el artículo 143 en los términos y condiciones que fije la SUNAT, es decir, entrega automática y periódica de operaciones pasivas de los clientes.

En un capítulo posterior de la presente investigación analizaremos con mayor detalle los vicios de inconstitucionalidad que tiene este artículo incorporado a la

Ley, lo cual abundará a nuestra posición de que la Administración Tributaria debería tener, al igual que la SBS y la Contraloría General de la República, la facultad directa de levantamiento del secreto bancario y no sustentarse en esta norma que, a opinión de los especialistas, vulnera el derecho fundamental del secreto bancario. En todo caso, si se pretende que los bancos suministren información a la autoridad tributaria debería ceñirse al procedimiento que esta misma ley ha previsto para los casos de materia tributaria.

El reciente artículo incorporado a la Ley exige que la Administración Tributaria cumpla con las siguientes condiciones:

1. Que el Superintendente Nacional de Aduanas y de la Administración Tributaria – SUNAT emita una Resolución para requerir información.
2. Que la información requerida reporte directamente “saldos y/o montos acumulados, promedios o montos más altos de un determinado periodo, los rendimientos generados” (Decreto Legislativo N°1434, 2018, artículo 3) e, incluso la identificación del titular de las cuentas. Los montos y los plazos deberán ser regulados oportunamente a través de un Decreto Supremo emitido por el Ministerio de Economía (como podrá verse, la puerta queda abierta para que el Ejecutivo fije cuáles serán los montos y demás detalles para el suministro de información directa a la SUNAT, ya no hay limitación, dado que la habilitación ya se encuentra prevista con este artículo)
3. Que el suministro de información se realizará en dos supuestos: i) tratándose de cumplir lo acordado en los tratados internacionales o en las Decisiones de

la CAN y, ii) dentro del ejercicio de las funciones fiscalizadoras de la Administración que conlleven a la lucha contra la evasión y elusión fiscal.

4. Que las facultades para requerir información sean igual o superior a los que vaya a fijar el Decreto Supremo emitido por el Poder Ejecutivo. Vale decir que aquí, ni la propia ley establece un límite, sino que hay una remisión en blanco, abierta para que una norma posterior fije las limitaciones al requerimiento de información.
5. Que las empresas del sistema financiero deberán proporcionar información a la SUNAT de manera periódica, conforme a los intervalos de tiempo que, para ello, deberá fijar el referido decreto supremo. En este numeral del artículo 143-A, el legislador ha previsto una serie de reglas de confidencialidad y seguridades informáticas cumpliendo los estándares internacionales exigidos por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), como por ejemplo, que la información obtenida no podrá ser entregada a ninguna otra entidad del país salvo que se trate de un juez o el Fiscal de la Nación o Comisión Investigadora del Congreso de la República.

Sobre este artículo (143-A) que, según los especialistas en la materia, afecta claramente el derecho fundamental del secreto bancario, vulnerando los alcances de las disposiciones constitucionales, regresaremos más adelante de esta investigación, para hacer un análisis más exhaustivo, siguiendo los parámetros y criterios de la jurisprudencia constitucional y, con ello, explicar, que es preferible habilitar a la Administración Tributaria - SUNAT a tener la facultad

constitucional de levantar el secreto bancario directamente y sin autorización judicial a tener que estar dictando disposiciones legales que, si bien buscan el acceso directo, pero terminan con cuestionamientos de inconstitucionalidad.

4.5. El Código Tributario y el acceso de la SUNAT a la información financiera.

El numeral 10 del artículo 62 del TUO del Código Tributario establece que la Administración Tributaria – SUNAT dentro del ejercicio de su facultad de fiscalización podrá ejercer discrecionalmente la facultad de solicitar información a las entidades financieras respecto a las operaciones pasivas que realicen con sus clientes que se encuentren inmersos dentro de un procedimiento de fiscalización tributaria como deudores tributarios e, incluso, el requerimiento de información puede alcanzar a los sujetos con los que guarda relación de negocios o de operaciones comerciales y que se encuentren vinculados a los hechos que la Administración viene revisando y/o investigando. Esto quiere decir que la SUNAT puede solicitar información financiera, además de quien se encuentra en un procedimiento de fiscalización, también de quien o quienes se encuentren vinculados con el deudor tributario con respecto a los hechos que son materia de revisión.

Asimismo, el literal “b” del inciso 10 del artículo 62 del Código hace referencia a que la Administración Tributaria podrá requerir información de las demás operaciones que realicen con sus clientes, esto vale decir, que no solamente se

trata de las operaciones pasivas sino también del universo de operaciones que una persona puede realizar en los bancos. La información requerida por la autoridad fiscal debe ser suministrada en la forma, plazo y condiciones señaladas por la Administración; incluso, este requerimiento de información también puede alcanzar a los beneficiarios finales de las operaciones bancarias. (Decreto Legislativo N° 1315 publicado el 31 de diciembre de 2016)

Por su parte, la información requerida por la Administración Tributaria referida a las operaciones pasivas de los deudores tributarios que se encuentran inmersos en un procedimiento de fiscalización que, incluso alcanza a terceros, sujetos con los que guarda cierta vinculación con los hechos que son materia de fiscalización, conforme a lo previsto en el literal “a” del inciso 10 del artículo 62 del Código Tributario, exige un pedido debidamente motivado ante la autoridad del juez, quien deberá resolver en un plazo de 48 horas bajo responsabilidad. Esta disposición es similar a la regulada en el numeral 1 del artículo 143 de la Ley N°26702, Ley del Sistema Financiero, que igualmente, señala que, aprobada la solicitud, la información requerida deberá ser puesta a disposición de la Administración en la forma y condiciones fijadas por la SUNAT y en un plazo de 10 días hábiles, prorrogables por igual plazo a criterio del juez siempre que haya causa justificada.

Como puede apreciarse, el requerimiento de información financiera de los deudores tributarios sigue el mismo procedimiento establecido en la Ley N°26702, tratándose de operaciones pasivas, así como información que sirva

para intercambiar en cumplimiento de lo acordado en los tratados internacionales.

Por su parte, el numeral 15 del artículo 87 del TUO del Código Tributario establece en su último párrafo las mismas disposiciones que ha previsto el artículo 143-A de la Ley N°26702; vale decir que, las empresas del sistema financiero se encuentran obligadas a presentar información periódica a la SUNAT sobre el estado de cuentas y la identificación de sus titulares con una serie de datos que correspondan a su nombre, razón social, residencia, domicilio, constitución o nacimiento y demás datos que requiera la administración.

Incluso, como ya lo hemos señalado anteriormente, esta información que deben suministrar los bancos también alcanza a los terceros que terminen beneficiados, para lo cual la información debe incluir su identificación y todos los datos necesarios que permitan su individualización. Asimismo, hace referencia a que, mediante Decreto Supremo, se complementarán las disposiciones que permitan una efectiva y eficiente ejecución de lo dispuesto en estas normas.

A manera de conclusión podemos decir que el secreto bancario en nuestro país se encuentra reconocido como derecho fundamental en nuestro texto constitucional conforme a la última reforma de la carta magna promulgada mediante la Ley N°31507 publicada el 03 de julio de 2022 y que prevé algunas excepciones, permitiendo el levantamiento del secreto bancario a determinadas

autoridades para fines de interés público; asimismo, a nivel de regulación legal, el artículo 140 de la Ley N°26702, Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, también reconoce el derecho al secreto bancario prohibiendo a los funcionarios y servidores públicos de las entidades bancarias, Superintendencia, BCRP y otras entidades vinculadas a las labores bancarias a guardar confidencialidad de las operaciones pasivas bajo pena de sanción penal y/o administrativa.

Sin embargo, cabe mencionar que este derecho al secreto bancario, si bien es considerado como una extensión del derecho a la intimidad en su modalidad referida a los aspectos económicos y/o patrimoniales, no es un derecho absoluto, sino que tiene limitaciones que se encuentran expresamente establecidos en la Constitución y también recogidos en la Ley N°26702 que, conforme a lo previsto en los artículos 143 y 143-A, se designan a las autoridades y se fijan los procedimientos que se deben seguir para el levantamiento del secreto bancario.

Asimismo, se ha previsto también las causales por las cuales la propia Administración Tributaria podrá tener acceso a la información financiera sin que medie autorización del juez, además que, sin necesidad de requerirla, se le obliga a las entidades bancarias a tener que suministrarla en las formas y condiciones que exija la SUNAT y de manera periódica una serie de información financiera de las personas que tiene que ver con montos, saldos, identificación

de los titulares de las cuentas, conforme a un reglamento que mediante Decreto Supremo dictado por el MEF deberá emitirse posteriormente.

Con ello nos queda claro que el secreto bancario en nuestro país tiene limitaciones que van restringiendo más el espacio de este derecho fundamental; sin embargo, cabe precisar que estas limitaciones están destinadas a proteger el legítimo interés del Estado Peruano permitiendo perseguir los actos delictivos de lavado de activos, narcotráfico, terrorismo y corrupción; pero en materia tributaria, la Administración Tributaria – SUNAT no cuenta con esta prerrogativa que facilitaría la lucha contra la evasión y elusión. Si bien también puede ejercer una de estas limitaciones que llevan al levantamiento del secreto pero solo puede hacerlo de manera indirecta, ya que para solicitar información de las operaciones financieras deberá sustentar su pedido ante un juez, quien deberá resolver en un breve plazo y que, de encontrar el debido sustento, deberá ordenar que las entidades bancarias suministren información conforme a lo solicitado por el ente fiscal.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS SOBRE LA IMPORTANCIA DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO PARA FINES TRIBUTARIOS DESTINADOS A COMBATIR LA EVASIÓN Y ELUSIÓN FISCAL

5.1. Necesidad del Estado Peruano para acceder a la información financiera y luchar contra la evasión y elusión tributaria: ¿Debe seguir manteniéndose el secreto bancario como derecho fundamental o priorizarse el acceso a la información financiera?

El secreto bancario es un derecho fundamental de la persona que se encuentra contemplado en el segundo párrafo del inciso 5 del artículo 2° de nuestra Constitución Política y constituye una garantía por el cual las entidades financieras guardan confidencialidad de las operaciones pasivas de sus clientes (persona natural o jurídica). Sin embargo, como ya lo hemos señalado, este derecho no es absoluto, es un derecho que se relativiza ante los requerimientos de información por parte del Estado y que deberá atenderse por razones de interés público. Es así que la misma Constitución ha previsto algunas excepciones al secreto bancario, dado que puede solicitarse su levantamiento a pedido de un juez, del Fiscal de la Nación o de una Comisión Investigadora del Congreso de la República y siempre que se refieran a un caso investigado.

Recientemente, el 3 de julio de 2022 se promulgó la Ley N°31507, Ley que reforma el numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política con respecto al levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria con la finalidad de luchar contra la corrupción y la persecución del lavado de activos. Mediante esta reforma constitucional, el secreto bancario y la reserva tributaria puede ser levantada, además del juez, del Fiscal de la Nación o de una Comisión del Congreso de la República, ahora también, a pedido de la Contraloría General de la República y de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradora Privada de Fondo de Pensiones - SBS.

La reforma busca limitar el derecho al secreto bancario priorizando otros valores de interés público como es perseguir la criminalidad para casos de delitos de corrupción y lavado de activos. Ahora, la Contraloría General podrá solicitar el levantamiento del secreto bancario de los funcionarios y servidores públicos que administran recursos del Estado o de organismos que sean financiados con recursos públicos, siempre que se encuentren en el marco de acciones de control y, por otro lado, también la Superintendencia de Banca y Seguros podrá tener esta misma prerrogativa de levantar el secreto bancario para los casos de investigación por lavado de activos.

Sin embargo, esta facultad constitucional que permite levantar el secreto bancario no alcanza a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT, lo cual limita su actuación cuando requiera información para cumplir con su función fiscalizadora y combatir la evasión y la elusión fiscal. Entonces

cabe preguntarse, ¿resulta necesario que la Administración Tributaria también goce de esta prerrogativa, es decir, debería permitirse a la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria – SUNAT solicitar directamente a las entidades financieras el levantamiento del secreto bancario para acceder a información de las operaciones pasivas realizadas por los contribuyentes a fin de luchar con eficiencia y celeridad los actos de evasión y elusión tributaria?

Actualmente, cuando la Administración Tributaria requiera información financiera de las personas, la Constitución y las disposiciones de rango legal han previsto un procedimiento que permita el levantamiento del secreto bancario con fines tributarios; para ello, la SUNAT deberá solicitar motivadamente la autorización de un juez, quien después de la valoración del pedido ordenará a las entidades financieras se suministre la información bancaria en las formas y condiciones solicitadas por el ente recaudador individualizado caso por caso.

Muchos casos de corrupción como “Lava Jato”, “Cuellos Blancos del Puerto”, “Kenji Fujimori”, “Keiko Fujimori”, “Alejandro Toledo”, entre otros, han sido casos de investigaciones fiscales y llevadas a proceso judicial, casos en los que se ha requerido información financiera, para lo cual se les ha levantado el secreto bancario. Asimismo, el Superintendente de Banca y Seguros, con informe previo de la Unidad de Inteligencia Financiera – UIF, ha cursado numerosos oficios a la autoridad judicial solicitando (antes de la reforma constitucional) el levantamiento del secreto bancario para obtener información de las personas naturales y jurídicas, movimientos, transferencias, saldos y titulares de las

cuentas, destinados a perseguir actos delictivos. Entonces, por qué la Administración Aduanera y Tributaria tendría restringido esta facultad considerando que, los índices de evasión y elusión tributaria podrían reducirse si se le permitiese contar con este tipo de información financiera.

El artículo 74 de la Constitución establece que, el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Estado, debe respetar el principio de igualdad, esto es, garantizar el funcionamiento de un sistema tributario justo y eficiente, donde todos contribuyan con el gasto público y para ello, la Administración debe contar con las herramientas necesarias que le permitan combatir la evasión y elusión tributaria.

Una de esas herramientas eficaces y que podría tener resultados inmediatos es la información financiera proveniente de los bancos que permitiría que el ente fiscalizador garantice la igualdad exigiendo a todos los contribuyentes el pago de sus obligaciones tributarias de acuerdo a su capacidad contributiva reflejada en los signos exteriores de riqueza; de lo contrario, el sistema no funcionaría con justicia y equidad que obligue a todos por igual, especialmente persiguiendo a quienes se refugian en la informalidad y en el secreto bancario. Lograr ello, implicaría que la Administración Tributaria no tenga restricciones en el acceso a la información financiera, siempre y cuando se trate de información relevante y justificada que permita la determinación y liquidación del tributo, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia N°04168-2006-PA/TC de fecha 24 de setiembre de 2008.

En esta línea, es importante tener en cuenta que el Perú busca ser uno de los países miembros de la OCDE – Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, para lograr tal propósito, el Estado Peruano debe cumplir determinados estándares internacionales de seguridad económica y de seguimiento del dinero y capitales para reducir la pobreza, transparentar la cosa pública, mejorar el acceso de la población a los servicios básicos y permitir el control institucional del Estado en el desarrollo económico del país. El secreto bancario se convierte en un obstáculo para lograr estos fines.

La tendencia mundial sobre la regulación del secreto bancario es su desaparición o, por lo menos, reducirlo a un grado estrictamente necesario. Las legislaciones de muchos países con desarrollo económico, como los de la Comunidad Europea o las de Latinoamérica como Brasil, Colombia, Chile han flexibilizado este derecho permitiendo el acceso del Estado a la información financiera para cumplir con los compromisos que exigen los convenios internacionales obligando a intercambiar información que permitan perseguir los crímenes de lavado de dinero, narcotráfico, corrupción y, obviamente, utilizar esta información en las labores de fiscalización tributaria. La OCDE considera que el secreto bancario se ha convertido en una práctica fiscal desleal de los países que no quieren limitarla.

El secreto bancario entonces tiende a ser un derecho restringido o, en todo caso, ya se están regulando algunas excepciones desde nuestro ordenamiento

constitucional. Taxativamente la propia constitución ha establecido algunas limitaciones adicionales que permiten levantar dicho secreto; sin embargo, entre esas excepciones no se contempla a la Administración Tributaria con la facultad constitucional de levantar este secreto directamente. Empero, si la Administración requiera de información financiera de las operaciones pasivas de las personas para utilizarla en sus labores de fiscalización podrá solicitarla de manera motivada a través de un juez, conforme lo establece el artículo 143 de la Ley N°26702, Ley del Sistema Financiero. Es decir, cuando la Constitución establece que una de las excepciones del secreto bancario es su levantamiento por orden del juez, en ella se incluye también el requerimiento de información financiera para fines tributarios, solo que no lo hará directamente sino a través de un juez competente que evaluará el pedido para disponer su levantamiento y ordenar para que, en un plazo determinado, los bancos proporcionen información de sus clientes.

5.2. Normativas que permiten el levantamiento directo del secreto bancario para fines tributarios y su contraposición con la Constitución.

El derecho al secreto bancario es un derecho fundamental de la persona con ciertas excepciones que permite su levantamiento; entre esas excepciones no se toma en cuenta levantar este secreto para fines de liquidación tributaria; por eso, si la administración lo requiere deberá solicitarla ante un juez debiendo justificarla e individualizar el pedido. Sin embargo, el Estado Peruano no solo requiere información financiera de sus ciudadanos de manera individual o

cuando tenga necesidad de ajustar una liquidación de impuestos, sino que requiere implementar políticas generales para perseguir la evasión y elusión tributaria; es decir ir en busca de indicios, no solo solicitar el levantamiento del secreto cuando tenga sospechas de un caso de evasión o elusión, sino de buscar los indicios y para ello necesita información que le permita hacer un rastreo de manera general de las personas que se ocultan de la autoridad tributaria y que a través de los movimiento de su dinero o saldos, el Estado pueda planificar una política de identificación de casos sospechosos.

Asimismo, con la finalidad de que el Estado Peruano se adecúe a los estándares internacionales que la OCDE exige para que los países puedan intercambiar información automática que permitan luchar no solo con el fraude tributario sino con los crímenes conexos, el Poder Ejecutivo ha dictado el Decreto Legislativo N°1313 de fecha 31 de diciembre de 2016 y, posteriormente, el Decreto Legislativo N°1434 de fecha 16 de setiembre de 2018 que incorpora y modifica respectivamente el Artículo 143-A de la Ley N°26702, LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO Y DEL SISTEMA DE SEGUROS Y ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS.

Esta norma obliga a las empresas del sistema financiero a tener que suministrar de manera periódica (mensualmente) información financiera distinta a la prevista en el numeral 1 del artículo 143 de la Ley; la información que deben suministrar versa sobre las operaciones pasivas que realicen los bancos “con sus clientes referidas a saldos y/o montos acumulados, promedios o montos más altos de un

determinado periodo y los rendimientos generados, incluyendo la información que identifique a los clientes” (Decreto Legislativo N°1434 de 2018, artículo 3) y, además, señala que mediante un Decreto Supremo que posteriormente emitirá el gobierno se establecerán los montos mínimos que deberán ser materia del reporte.

Es preciso señalar que el artículo 143-A no es una norma que responda a la política económica que haya sido elaborada a iniciativa del gobierno o el Congreso sino que responde a los lineamientos y estándares que el Perú debe cumplir para lograr su adhesión a la OCDE. El numeral 5.1 de este artículo dispone que las entidades del sistema financiero deben suministrar directamente al ente administrador del tributo determinada información de sus clientes de manera periódica, conforme a las directivas que el Decreto Supremo establezca. Además, la norma dispone que la información entregada debe estar protegida por los mecanismos de seguridad y confidencialidad conforme a los “estándares y recomendaciones internacionales de intercambio automático de información financiera emitidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE.” (Decreto Legislativo N°1434 de 2018, artículo 3)

A raíz del Decreto Legislativo N°1434, del 16 de setiembre de 2018, el gobierno emite el Decreto Supremo N°430-2020-EF, con el cual se dicta el Reglamento para que las instituciones del sistema financiero proporcionen información a la Administración Tributaria a fin de luchar con mayor eficacia contra la evasión y la elusión tributaria, por el cual, a partir del 01 de enero de 2021, las empresas

bancarias estarán obligadas a reportar mensualmente a la SUNAT los saldos, montos acumulados y/o rendimientos generados a partir de 10,000 soles a más o su equivalente en dólares o cualquier otra moneda extranjera de las cuentas bancarias pertenecientes a personas físicas o jurídicas. Esta norma nuevamente abrió el debate sobre la vigencia del secreto bancario para fines tributarios. A partir del análisis constitucional de estas disposiciones, no son pocos los que piensan que esta obligación que se le impone a las entidades financieras para reportar periódicamente información de los estados de cuenta individual igual o superior a los 10,000 soles vulnera la Constitución afectando el derecho fundamental del secreto bancario.

Si bien el DS N°430-2020-EF, fue modificado por el DS N°009-2021-EF en el que se cambia básicamente dos aspectos de este Reglamento de información financiera que los bancos deben remitir a la SUNAT; uno, referido al monto, ya no diez mil soles, sino ahora montos iguales o mayores a 7 UIT (aproximadamente poco más de 35,000 soles) y el otro, referido al periodo, si bien la información debe reportar saldos mensuales pero debe remitirse de manera semestral; sin embargo, sigue la línea del contenido sustancial que el anterior decreto supremo; por lo tanto, siguen los cuestionamientos de inconstitucionalidad de estas disposiciones.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias ha concluido que los derechos fundamentales, como el secreto bancario por ejemplo, no son derechos absolutos, sino relativos. Para tal efecto, es necesario determinar el

nivel de afectación del derecho fundamental para saber si resulta o no justificada debiendo pasar por un examen de Proporcionalidad por el cual se permita establecer si la medida limitativa persigue proteger otro valor constitucional y, por tanto, saber si es idónea para hacer prevalecer el derecho que se pretende proteger; si es necesaria al no haber otra medida alternativa razonable y menos limitativa del derecho afectado y, finalmente, si es adecuada y proporcional para restringir este derecho.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N°004-2004-AI/TC referido al Impuesto a las Transacciones Financieras ITF precisó que el secreto bancario es una derivación del derecho a la intimidad pero que no forma parte del contenido esencial de este derecho a la intimidad personal; por tanto, el secreto bancario, no está exenta de las restricciones y limitaciones en tanto se sujeten al principio de razonabilidad y proporcionalidad.

Ahora, el titular del derecho al secreto bancario siempre es una persona natural o jurídica de derecho privado que realiza operaciones en el sistema financiero y, en tanto, que dichas operaciones forman parte de la vida privada de las personas esta solo puede ser levantada a pedido de un juez, del Fiscal de la Nación o de una Comisión Investigadora del Congreso y siempre sobre el caso que se investiga. A diferencia de la información pública que debe ser transparentada y a la luz de todos, el secreto bancario es un derecho privado de la persona; por tanto merece su confidencialidad y la excepción es que se aplique los requerimientos contemplados en la Constitución que autoriza a determinados

sujetos el levantamiento de dicho secreto y solo en casos de investigación específica.

A la luz de los criterios señalados por el Tribunal Constitucional, entonces, el Decreto Supremo que reglamenta la entrega de información financiera que las empresas del sistema financiero deben suministrar directamente a la SUNAT deviene en inconstitucional porque, en verdad, no calificarían la valoración del test de proporcionalidad al afectar un derecho fundamental habiendo otras disposiciones alternativas que permitan garantizar el valor constitucional que se pretende proteger y al no ser una medida adecuada resulta siendo una norma que vulnera la Constitución.

Por ello, cuando el Estado Peruano dicta normas como el Decreto Legislativo N°1434 y su Reglamento contenido en los Decretos Supremos N°430-202-EF y 009-2021-EF dirigidas a regular la necesidad de obtener información más detallada sobre las operaciones pasivas de los bancos con sus clientes, identificando a sus titulares y los estados de saldos de cuenta de cada uno de las personas naturales o jurídicas, estas podrían tener ciertos vicios de inconstitucionalidad por entrar en colisión con el derecho al secreto bancario.

Podemos decir, entonces que casi es una necesidad que la Administración Tributaria cuente con información financiera de sus contribuyentes y para ello, se requiere que tenga la autorización de levantar el secreto bancario para acceder a información que le permita realizar una mejor labor de fiscalización y

control identificando los actos de evasión y elusión fiscal. Por qué no, entonces, autorizar a la Administración Tributaria tener acceso a la información financiera de las empresas bancarias de manera completa, suficiente y periódica y, para ello, se tendría que hacer una nueva modificación del inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política a fin de agregar a la Administración Tributaria, así como se agregó a la Contraloría General de la República y a la Superintendencia de Banca y Seguros – SBS para perseguir la corrupción y el lavado de activos, también se debe incorporar a la Administración Tributaria para perseguir la evasión y elusión tributaria.

Que el ente recaudador pueda acceder a la información financiera de las operaciones pasivas que realizan las personas con las instituciones financieras o que requiera que los bancos tengan que proporcionar periódicamente información detallada de los saldos de cuentas de las personas no es una política absurda, ni arbitraria, ni abusiva y no debería ser duramente cuestionada; muchas legislaciones en el mundo así lo tienen previsto en sus ordenamientos; por el contrario, es saludable que la Administración cuente con este tipo de información para perseguir la evasión y elusión tributaria y así procurar un sistema tributario justo y equitativo que distribuya con justicia entre sus ciudadanos los gastos públicos.

Lo que consideramos que no es lo precisamente correcto, es que nuestra legislación, en esta materia, se contraponga con la Constitución. Por un lado, tenga una orientación de permitir el suministro directo, sin trámites

administrativos o judiciales, de información financiera a la Administración Tributaria y, por otro lado, la Constitución fortalezca la protección del secreto bancario elevándolo a la categoría de derecho fundamental y, no incluya, dentro de los organismos estatales facultados a levantarlo, a la Administración Tributaria que, legítimamente, tiene bienes jurídicos que tutelar como es el deber de contribuir que tenemos todos los ciudadanos de una nación y que garantizan un sistema tributario justo.

En esa línea, si nuestro legislador busca fortalecer la labor de la Administración Tributaria obligando a las empresas del sistema financiero a proporcionar información, entonces lo que corresponde hacer es actualizar nuestro texto constitucional reformándola en el sentido de otorgar facultades a la Administración Tributaria - SUNAT para que sea uno de los órganos del Estado con facultades de levantar el secreto bancario sin necesidad de solicitar autorización del Juez, al igual que lo tiene el Fiscal de la Nación, la Contraloría General de la República o la Superintendencia de Banca y Seguros o, en todo caso, la reforma constitucional tendría que orientarse a dejar de reconocer el secreto bancario como derecho fundamental y que este derecho sea regulado con una ley (Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros) que establezca todas las limitaciones y procedimientos para garantizar el suministro de información financiera con fines tributarios.

Lo que no se puede tener en nuestro ordenamiento es, por un lado, que la Constitución reconozca como derecho fundamental el secreto bancario

estableciendo excepciones puntuales en las que no está incluida la Administración Tributaria para levantar dicho secreto bancario y, por otro lado, las leyes ordinarias autoricen a la Administración Tributaria a tener acceso directo a la información financiera obligando a las empresas bancarias a tener que suministrar este tipo de información de todos los ciudadanos sin seguir el procedimiento regular de motivar su solicitud ante un Juez; esto hace que todas estas leyes ordinarias (como el artículo 143-A y los Decretos Supremos que la reglamentan) sean claramente inconstitucionales por vulnerar el derecho fundamental del secreto bancario, tal como se encuentra actualmente previsto en nuestra Constitución.

5.3. Inconstitucionalidad de la política de combate contra la evasión y elusión tributaria regulada por el Decreto Legislativo N°1434 y su reglamento sobre acceso a la información financiera.

Como hemos mencionado, el Decreto Legislativo N°1434 publicado en el diario oficial “El Peruano” el 17 de setiembre de 2018, cuyo artículo 3° modifica el artículo 143-A de la Ley del Sistema Financiero y de Banca y Seguros y obliga a las empresas del sistema financiero (bancos) a suministrar directamente información financiera de sus clientes a la SUNAT reportando mensualmente los saldos, montos acumulados y rendimientos generados en las cuentas bancarias de las persona naturales y jurídicas con identificación de su titular, el mismo que ha sido reglamentado a través del Decreto Supremo N°430-2020-EF y posteriormente modificado por el Decreto Supremo N°009-2021-EF que

establece finalmente que el monto de las cuentas que deben ser reportadas a la SUNAT sean igual o mayor a 7 UIT o su equivalente en moneda extranjera (con el DS N°430-2020-EF fue de 10,000 soles), con reportes de los registros de información mensuales que deberán entregarse a la SUNAT semestralmente.

Si bien estas disposiciones han tenido como finalidad que el Estado implemente políticas que buscan luchar preventivamente contra la evasión y elusión tributaria, y, decimos de manera preventiva, porque para obligar a las empresas bancarias a tener que suministrar este tipo de información de manera mensual no es necesario que la persona o las personas de quienes se pide información se encuentre en un procedimiento de fiscalización ni mucho menos se encuentren investigados por autoridades tributarias o judiciales, es una norma que simplemente dispone el traslado de información de los bancos a la Administración. En otras palabras, el Estado accede a información financiera de todos los peruanos, en función al monto de sus cuentas bancarias, para luego procesar, contrastar, comparar, verificar y, de encontrar indicios si fuera el caso, partir de ello, para iniciar un procedimiento fiscalizador de manera específica contra el contribuyente o empresa sospechosa.

Por lo tanto, consideramos que estas disposiciones no solicitan el levantamiento del secreto bancario de una persona o empresa en específico, sino que planifican una estrategia general para luchar contra la evasión y elusión tributaria solicitando información general y total de todas las personas que tengan un rango económico de depósitos en las entidades bancarias (7 UIT), información

que les permita tener insumos para procesarla, contrastarla con otras fuentes e identificar casos que sean llevados posteriormente a una fiscalización individual.

Pero ello no está permitido constitucionalmente porque vulneran el derecho constitucional del secreto bancario. Si bien, cabe precisar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido que el secreto bancario si bien se deriva del derecho a la intimidad de la persona o, por lo menos, es parte del derecho a la intimidad, entendido como derecho a la privacidad económica del individuo, pero no es parte del contenido esencial del derecho a la intimidad; por tanto, puede quebrarse su protección; además, que en diversas sentencias, el Tribunal ha concluido que no hay derecho absoluto; pero esto nos óbice para pensar que la Administración esté facultado a solicitar reportes directos de información del sistema financiero, más aun cuando la Constitución no incluye a la Administración Tributaria como sujeto facultado a levantar el secreto bancario, sino es la ley la que establece el procedimiento que, para estos casos, la Administración debe acudir al juez.

Hay que tener en cuenta que le DL N°1434 entró a regir cuando estaba vigente el anterior inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, antes de la reforma constitucional efectuada mediante Ley N°310507 de fecha 03 de julio de 2022 con respecto al derecho del secreto bancario y sus limitaciones.

Antes de la reforma, la Constitución en su numeral 5 del artículo 2, establecía: “El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez,

del Fiscal de la Nación, o de una Comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado” (CPP, 1993, artículo 2, inciso 5)

Mediante Ley N°31507 se reforma esta disposición constitucional y se establece lo siguiente:

(...) Toda persona tiene derecho al secreto bancario y la reserva tributaria. Su levantamiento puede efectuarse a pedido:

1. Del juez.
2. Del Fiscal de la Nación.
3. De una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.
4. Del Contralor General de la República respecto de funcionarios y servidores públicos que administren o manejen fondos del Estado o de organismos sostenidos por este, en los tres niveles de gobierno, en el marco de una acción de control.
5. Del Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones para los fines específicos de la inteligencia financiera.

El levantamiento de estos derechos fundamentales se efectúa de acuerdo a ley, que incluye decisión motivada y bajo responsabilidad de su titular. (Constitución Política del Perú, 1993, artículo 2, inciso 5)

Como ya hemos explicado, el Decreto Legislativo N°1434 exige que las empresas del sistema financiero suministren información de manera directa y periódica a la SUNAT “sobre las operaciones pasivas efectuadas con sus clientes en cuanto a saldos y/o montos acumulados, promedios o montos más altos de un determinado período y los rendimientos generados incluyendo la información que identifique a los clientes.” (Decreto Legislativo N°1434 de 2018, artículo 3).

Esto significa que el requerimiento de información no se realizará con la autorización de un juez, tampoco será necesario que la persona de quien se solicite información se encuentre investigado en un proceso judicial y/o administrativo con lo cual se vulnera el mandato constitucional que exigía, antes de su reforma, que el secreto bancario se puede levantar siempre que se refiera a un caso investigado. Por último, la información que deben proporcionar los bancos ni siquiera necesita ser requerida por la Administración, las empresas financieras deberán remitirla de manera periódica y directamente, según el anexo del DS N° 430-2020-EF, modificado por el DS 009-2021-EF, el registro de esta información será mensual con reportes semestrales.

Entonces, el Decreto Legislativo N°1434 que se dictó con la vigencia del derecho al secreto bancario, antes de la reforma constitucional efectuada mediante Ley N°31507 de julio de 2022, vulnera dicho texto constitucional y, aun con el nuevo texto modificado que reconoce el secreto bancario como derecho fundamental, también consideramos que vulnera la constitución, porque, si bien el inciso 5 del

artículo 2 de la Constitución ya no pone como condición que la persona de quien se requiera información financiera se encuentre investigado, sino que ahora se señala en el último párrafo del texto modificado que el levantamiento del secreto bancario se efectúa conforme a ley y con decisión motivada y, en este supuesto, no se sigue el procedimiento que manda la ley.

Pues, en esta parte también consideramos que el Decreto Legislativo N°1434 vulnera la Constitución porque un sujeto como la SUNAT exige se le entregue información financiera de sus clientes sin que sea un sujeto facultado constitucionalmente para levantar el secreto bancario y, peor aún, la exigencia es periódica, sistemática directa y permanente, sin requerimiento previo ni motivación alguna, vulnerando así la condición que pone el último párrafo de la Constitución, porque claramente se señala que el pedido es conforme a ley, y es la ley del sistema Financiero, Ley 26702, que establece que el procedimiento para que la Administración requiera información, es con una solicitud motivada ante el juez.

Es el propio Tribunal Constitucional (2021), en el fundamento 20 de la Sentencia N°0922-AI-2021 ha señalado que la potestad para levantar el secreto bancario se ejerce conforme a los principios, reglas y valores que el mismo texto constitucional establece y los sujetos que se encuentran habilitados para su levantamiento no podrán hacerlo al margen o contraviniendo sus atribuciones previstas en la Carta Fundamental.

Sin embargo, estos cuestionamientos a la constitucionalidad del Decreto Legislativo N°1434 y su anexo (Reglamento) no solo queda en el aspecto formal, como hasta ahora lo hemos explicado, sino que, seguidamente haremos un análisis de los aspectos de fondo que también consideramos resultan siendo inconstitucionales.

De hecho, es oportuno mencionar que no toda la información financiera de una persona se encuentra protegida por el secreto bancario. La Constitución, en el último párrafo del numeral 5 del artículo 2 vigente señala que el secreto bancario se levanta conforme a ley y, por su parte, también el Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas sentencias que los alcances de protección por el secreto bancario se encuentran concretizados en la ley. Por eso, hay que distinguir entre aquella información que menoscaba el derecho a la intimidad en el ámbito económico de una persona de aquella otra información que no goza de la protección de este derecho. En ese sentido, la información protegida por el secreto bancario, de conformidad con el artículo 140 de la Ley General del Sistema Financiero, es precisamente las operaciones pasivas que las empresas del sistema financiero efectúan con sus clientes.

Sin embargo, también es importante mencionar que aun cuando la información se encuentra protegida por el secreto bancario prevista en la Constitución, esta protección no es absoluta y es por eso que la propia Constitución ha habilitado a las entidades o sujetos que se encuentran autorizados a efectuar su levantamiento y, entre estos sujetos, no se encuentra la Administración

Tributaria. Sin embargo, ello no es impedimento para que se utilice información financiera de las personas con fines fiscales, para ello, el titular de la Administración deberá solicitarlo a través de una autorización judicial.

Ahora bien, tratándose específicamente del tipo de información que deberán proporcionar las empresas del sistema financiero directamente y de manera periódica a la SUNAT, esta información está referida a las operaciones pasivas, es decir, “saldos y/o montos acumulados, promedios o montos más altos que se produzcan en un periodo determinado y los rendimientos generados en el que debe incluir la identificación de sus titulares” (Decreto Legislativo N°1434 de 2018, artículo 3), claramente no se trata de información global, pues se debe remitir información de cada una de las cuentas de los clientes con respecto a sus saldos, rendimientos, entre otros, con identificación de su titular, es decir, estamos ante cuentas individuales y con información específica de una determinada persona.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia N°0922-PI-2021, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos en cuestión, Decreto Legislativo N°1313 y Decreto Legislativo N°1434 ha señalado que la información que las entidades financieras deben suministrar directamente a la SUNAT se trata de información global y, por lo tanto, no se encuentra protegida por el secreto bancario, conforme a lo previsto en el artículo 142 de la Ley N°26702, Ley General del Sistema Financiero.

Así el Tribunal, en su fundamento N° 79 y 80 de dicha sentencia señala: “La naturaleza de la información que puede ser suministrada no es de tipo concreto o específico, sino que es de carácter global y, en tal entendido, no revela la intimidad que la garantía del secreto bancario protege.” (TC, 2021, Sentencia N°009-AI-2021, fundamento 79)

Efectivamente, las entidades financieras no tienen el deber de reportar cuáles son las operaciones pasivas concretas que, acumuladas, componen el saldo, sino solo el monto global de éste. Por otro lado, la determinación de promedios o montos más altos no se refieren a operaciones concretas, sino que se deben reportar globalmente sin identificar específicamente las operaciones pasivas que componen tales conceptos. Finalmente, el deber de reportar rendimientos no se refiere a cada operación pasiva en particular, sino al resultado del rendimiento que estas, como conjunto, han arrojado. (TC, 2021, Sentencia N°009-AI-2021, fundamento 80)

Se entiende como información global a aquellas que no se refiere a operaciones concretas y/o específicas, que no exponen la intimidad de la persona; por tanto, no le alcanza el manto protector del secreto bancario y que, según la Ley del Sistema Financiero, Ley N°26702, se puede suministrar, conforme a los procedimientos establecidos en el artículo 142 de la ley. Por ejemplo, información suministrada al BCRP o a la SBS para usos estadísticos y elaboración de políticas monetarias. Información para instituciones financieras

del exterior con los que se mantenga corresponsalía. Información financiera para auditorías o para empresas clasificadoras de riesgos. Información requerida por interesados en adquirir capital accionariado de una empresa. O información de sumas recibidas para la liquidación de empresas.

Si bien el secreto bancario es una garantía de confidencialidad para determinadas operaciones económicas y financieras que protege la esfera del derecho a la intimidad económica de una persona, esta protección no es absoluta ni tiene alcance para todas las operaciones. La Constitución y la ley han previsto una serie de excepciones a este derecho que, incluso, hacen relativa la protección a la propia información de operaciones pasivas, pero siempre y cuando sigan el procedimiento y los fundamentos constitucionales que, para ese caso, se encuentran regulados en la ley, como lo dice el último párrafo del texto constitucional analizado.

De hecho, la información financiera global no tiene protección del secreto bancario, la información de operaciones pasivas, si la tiene, pero aun así puede levantarse el secreto sobre este último tipo de información, siempre y cuando se cumplan las condiciones que la constitución y la propia ley establece, es decir, levantar el secreto con autorización del juez.

En este caso específico, regulado por el Decreto Legislativo N°1434, se trata de operaciones pasivas y no de operaciones globales como dice el Tribunal Constitucional en los fundamentos 79, 80 y siguientes de la sentencia N°0922-

2021-PI/TC, porque claramente la norma exige información de los clientes con respecto a los saldos y rendimientos de sus cuentas, entre otros, y con identificación de los clientes de estas cuentas, lo cual no hace que la información financiera a entregar sea global, por el contrario, se individualiza; sin embargo, ello no significa que no se pueda saber, sino que debe ser requerida puntualmente en determinados casos y con la autorización de un juez, no de manera general e indeterminada (de todos los clientes), se exige el reporte mensual de esta información sin que se motive su pedido, vulnerando precisamente el último párrafo del numeral 5 del artículo 2 de la Constitución.

Ahora bien, si se tratase de información global, como señala el Tribunal en su sentencia, que la información que se debe entregar a la Administración Tributaria “no es una información detallada sobre las operaciones pasivas de las entidades financieras con sus clientes, es una información general o resultante” (Tribunal Constitucional, 2021, Sentencia N°0922-2021.PI/TC. Fundamento 78).

Siendo esto así, no serviría mucho para la Administración en su labor de fiscalización, pues no encontraría, en una información general o global, resultados y/o indicios que lo lleven a perseguir la evasión y elusión tributaria, pues no estaría identificando un caso específico. Por lo tanto, la información financiera que necesita la Administración es precisamente información individualizada, por eso la norma en cuestión, además de precisar la información que deberá entregarse, indica claramente que debe indicarse la identificación de los titulares de las cuentas.

Por último, si bien el Tribunal reconoce que la norma impugnada ha previsto (numeral 5 del artículo 143-A de la Ley N°26702) una serie de disposiciones que regulan su tratamiento y dotan de confidencialidad y seguridad conforme a los estándares y recomendaciones internacionales referidos al intercambio automático de información financiera dadas por la OCDE, además de atribuir responsabilidad administrativa y penal de las empresas y servidores que no cumplan con estas reglas o utilicen ilegalmente esta información; ello no quita la inconstitucionalidad de la norma. No significa que regulando ciertas medidas de seguridad para que la información entregada sobre operaciones pasivas de los clientes sea debidamente utilizada se entienda que, con ello, se valida la facultad de la SUNAT a acceder a este tipo de información de manera directa cuando no lo permite la Constitución.

Por tanto, el Decreto Legislativo N°1434 y el DS N°430-2020-EF publicado en el diario oficial “El Peruano” el 31 de diciembre de 2020 y modificado por el DS N°009-2021-EF referido al Reglamento por el cual se obliga, desde el 01 de enero de 2021, a las empresas del sistema financiero a entregar información financiera de operaciones pasivas de sus clientes que tengan en sus cuentas montos igual o superior a 7 UIT o su equivalente en moneda extranjera, con reportes mensuales resulta siendo inconstitucional, por todos los argumentos expuestos.

5.4. El secreto bancario en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

En esta parte, revisaremos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con respecto al contenido, los alcances y límites del secreto bancario. Pondremos énfasis al tratamiento del secreto bancario como parte del derecho a la intimidad, el bloque constitucional de este derecho y, especialmente, los aspectos relacionados a su levantamiento.

5.4.1. Sentencia recaída en el Exp. N°004-2004-AI/TC. de fecha 21 de setiembre de 2004. Referido a la demanda de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos N° 939 y 947 que regulan la “bancarización” y crean el Impuesto a las Transacciones Financieras – ITF, modificado por la Ley N°28194, Ley para la lucha contra la evasión y formalización de la economía (publicada el 26 de marzo de 2004).

El Tribunal reafirma que el secreto bancario es un derecho que forma parte del derecho a la intimidad cuyo titular es una persona natural o una persona jurídica que realiza operaciones financieras con el banco. Mediante este derecho, conjuntamente con la reserva tributaria, se busca preservar un aspecto de la vida privada de la persona y que sus operaciones, a través de los bancos, pueden reflejar una “biografía económica” de un individuo poniendo en riesgo no solo su derecho a la intimidad sino también su seguridad e integridad. (F. 35)

Asimismo, el Tribunal refiere que el derecho a la intimidad tiene un contenido esencial que no tolera ninguna limitación, pero también tiene una parte no esencial que permite ciertas restricciones y limitaciones siempre que sean razonables y proporcionales. En esa línea, el secreto bancario, en tanto se trata de información económica de la persona, no es parte del contenido esencial del derecho a la intimidad porque su develamiento no generaría un daño irreparable en la persona; además que, considerarlo dentro del contenido esencial del derecho a la intimidad, se convertiría en un obstáculo irrazonable para perseguir los delitos económicos o impediría que pueda ser útil a la entidad estatal para preservar otros valores supremos de orden constitucional; es por eso que el propio constituyente ha desarrollado en la Constitución determinados límites al secreto bancario. (F. 37).

Por eso, el Tribunal señaló que la información protegida por el secreto bancario solo será aquella que pretenda romper la esfera íntima del individuo pero no para aquella información que puede servir para los intereses constitucionalmente legítimos para el Estado como la labor impositiva que debe cumplir y la fiscalización tributaria a través de su Administración a fin de lograr la solidaridad contributiva de los ciudadanos.

Por tales motivos, en razón de la imposición a las Transacciones Financieras – ITF el Estado se encuentra habilitado a acceder a determinada información financiera con la finalidad de garantizar el cumplimiento de este impuesto y se aboque a las actividades destinadas a la fiscalización y seguimiento del fraude

tributario siempre que el acceso y manejo de la información se encuentren directamente vinculada a las operaciones gravadas con el ITF que ciertamente tal afectación es temporal considerando que dicho impuesto regirá hasta diciembre de 2006. Aunque actualmente se mantiene vigente, si bien con una alícuota diminuta (0.005%) pero vigente al fin y al cabo.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional también ha sido claro con respecto al último párrafo del artículo 17 de la Ley N°28194, que obliga a las entidades del sistema financiero a suministrar información sobre las operaciones exoneradas con este impuesto señalando que ello es inconstitucional porque aquí el interés del Estado ya no es conocer la base imponible de dicho tributo, sino que pareciera que la verdadera razón es que se tenga acceso a la información de los clientes de manera indebida.

Lo resaltante en esta sentencia del Tribunal es que, deja sentada la idea que pretender que el Estado Peruano acceda a información financiera de los clientes del banco que también realizan operaciones que se encuentran exoneradas del ITF, como lo establecía el último párrafo del artículo 17 de la Ley N°28194, resulta siendo incompatible con el principio de razonabilidad, quebrando así el nexo lógico que habilitaba a la SUNAT a acceder a esta información en tanto se trate de operaciones gravadas con el ITF.

(...) este Colegiado considera que al quebrantarse el nexo relacional entre la aplicación de un impuesto temporal (el ITF) y el traslado de

información a la SUNAT a que tal aplicación da lugar, el último párrafo del artículo 17° de la Ley N°28194 afecta el subprincipio de necesidad correspondiente a todo test de proporcionalidad, por cuanto ello implicaría que la posibilidad de que la SUNAT administre información protegida por el secreto bancario se extienda *sine die*. (Tribunal Constitucional, 2004, Sentencia 0004-2004-AI, Fundamento 43)

En resumen, el acceso a la información financiera de los clientes por parte del Estado con respecto a las operaciones exoneradas del ITF es inconstitucional porque atenta contra el principio de razonabilidad y proporcionalidad; sin embargo, como lo dice el mismo Tribunal, ello no es impedimento para que la Administración Tributaria, acceda a información de las operaciones pasivas del banco e incluso a la información de operaciones exoneradas y/o inafectas pero siguiendo el procedimiento de solicitarlo ante un juez, conforme lo ha previsto la Constitución y a la ley.

5.4.2. Sentencia recaída en el Exp. N°01219-2003-HD/TC. de fecha 21 de enero de 2004. Demanda de Habeas Data interpuesta por Nuevo Mundo Holding S.A. para acceder a información de la Superintendencia de banca y Seguros (SBS).

En este caso el Tribunal debe dilucidar la demanda interpuesta por Nuevo Mundo Holding SA para que los interventores designados por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) entreguen información y

documentación del Banco Nuevo Mundo que fue intervenido y sometido a un proceso de liquidación por la SBS. La Superintendencia niega el suministro de información alegando que, la demandante no es accionista del Banco Nuevo Mundo, que sus funcionarios se encuentran en un proceso penal por irregularidades en la administración del banco intervenido (presunto delito contra el orden financiero y monetario) y, además, que la información solicitada ya no obra en su poder sino que ha sido entregada al Banco Interamericano de Finanzas – BIF. Además, uno de los argumentos que tiene la emplazada para negarse a entregar la información bancaria a los demandantes es precisamente que dicha información se encuentra protegida por el secreto bancario y que solo podría levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación o de una Comisión Investigadora del Congreso.

El Tribunal Constitucional señala que el secreto bancario es parte del derecho a la intimidad cuyo contenido se encuentra constitucionalmente protegido, que la información pública tiene como regla la publicidad y su transparencia y la excepción es el secretismo; mientras que la información privada de una persona tiene como regla su confidencialidad y que su publicidad, sujeta a una evaluación de razonabilidad y proporcionalidad, es su excepción.

En esa línea, la Superintendencia de Banca y Seguros es un órgano público, una entidad del Estado que tiene a su cargo información de carácter público y, por lo tanto, se encuentra sometido al principio de publicidad, salvo las excepciones que establezca la Constitución. Por eso, la SBS debe proporcionar

información y documentación requerida por los particulares sin exigir expresión de causa, salvo que se trate de información que afecte el secreto bancario de terceros. Pero en este caso, el pedido de información efectuada es general sin que haya especificación de información que se encuentre referida a las operaciones pasivas de los clientes con el Banco Nuevo Mundo. De lo contrario, si se tratase de información sobre operaciones pasivas, entonces, siendo así, la SBS se encontraría obligada a proteger la confidencialidad de estas operaciones. (F. 13)

De manera que el Tribunal concluye que tratándose de información que no se encuentre referida a las operaciones pasivas, la SBS deberá entregarla ante el requerimiento de un particular, conforme a lo establecido en el artículo 142° de la Ley N°26702, Ley del Sistema Financiero. Por consiguiente, la SBS puede negar el suministro de información si el requerimiento contiene información protegida por el secreto bancario porque, por mandato de la Constitución, está obligada a preservarlo.

5.4.3. Sentencia recaída en el Exp. N°0009-2014-PI/TC. de fecha 04 de marzo de 2016. Inconstitucionalidad del artículo 5 de la Ley N°29720 que obliga a las sociedades o empresas no supervisadas por la SMV cuyos ingresos y activos sean iguales o superiores a 3,000 UIT a tener que presentar a esta entidad sus estados financieros debidamente auditados.

El Tribunal Constitucional analiza en este caso si el contenido constitucional del derecho a la intimidad contiene información financiera de las personas naturales y jurídicas a lo que se llama “intimidad económica”; por eso, dilucida si el derecho a la intimidad como derecho también abarca la protección del secreto bancario y la reserva tributaria, como parte del derecho a la intimidad en su esfera económica y, de ser el caso, determinar si las personas jurídicas también tienen derecho a la protección del secreto bancario.

Cuando fue concebido el derecho a la intimidad no se pensó en el ámbito económico; sin embargo este derecho ha ido evolucionando y ahora, tanto la reserva tributaria como el secreto bancario forman parte del contenido constitucional del derecho a la intimidad. Por ello, el secreto bancario tiene como finalidad proteger la confidencialidad de las operaciones que realizan las personas naturales y las personas jurídicas de derecho privado con cualquier entidad pública o privada del sistema financiero.

El Tribunal señala que también le es aplicable a las personas jurídicas la protección del secreto bancario entendiendo que una persona jurídica también maneja información que espera no sean conocidas por terceros y así como hay una doble percepción del derecho a la intimidad de un individuo, el secreto bancario también debe ser entendido desde una perspectiva negativa, es decir que una empresa no debe ser perturbada exigiéndosele información que solo corresponde a su esfera privada y, desde una perspectiva positiva, las personas

jurídicas tiene el derecho de administrar y controlar la información que sólo a la entidad le concierne (F. 15).

Asimismo, el TC refiere en esta sentencia que si bien el derecho a la intimidad tiene una forma de manifestarse a través de los aspectos económicos de las personas naturales o jurídicas, las que merecen ser protegidas por el secreto bancario y la reserva tributaria, estos derechos no son absolutos y que la propia Constitución ha autorizado su intervención facultando al juez, al Fiscal de la Nación y a una Comisión del Congreso a acceder a la información protegida. E incluso, el hecho que la Constitución mencione de manera explícita los sujetos que se encuentran facultados a limitar y levantar el secreto bancario y la reserva tributaria no significa que fuera de ellos este derecho no se pueda limitar; por el contrario, implícitamente, la Constitución permite que estos derechos sean restringidos y limitados con la finalidad de conseguir otros bienes constitucionalmente importantes siempre que las medidas que se adopten para dicha limitación hayan sido sometidos a un test de proporcionalidad para determinar su prevalencia. (F. 16).

Por tanto, el Tribunal Constitucional resolvió que las empresas o entidades que no se encuentran cotizando en CONASEV y no se encuentran supervisadas por la Superintendencia de Mercado y Valores – SMV, pero que, por disposición del artículo 5 de la Ley N°29720, están obligadas a presentar a dicha entidad sus estado financieros debidamente auditados por sociedades de auditorías habilitados por un colegio de contadores públicos conforme a las Normas

contables Internacionales de Información Financieras (NIIF) cuyos ingresos anuales, operaciones, transacciones o activos totales sean iguales o superiores a tres mil UIT vulnera el secreto bancario y la reserva tributaria en tanto que los estados financieros de estas empresa revela información sensible de la administración económica de la empresa; por ejemplo el balance general, muestra la situación financiera de la empresa, los negocios realizados en determinadas fechas, sus activos, pasivos, patrimonio neto, exteriorizando sus depósitos bancarios, impuestos pagados, cuentas por cobrar, etc.; por otro lado, el estado de ganancias y pérdidas muestra las utilidades y rendimientos en un determinado periodo, si existió o no ganancias o pérdidas, el impuesto a la renta que se pagó, entre otros tributos que se pagaron o se adeudan, afectan la intimidad económica de la empresa.

Como puede verse, los estados financieros de la empresa revelan información que están protegidos por el secreto bancario y la reserva tributaria porque claramente refleja la “biografía económica” de la empresa, lo cual constituye, para el Tribunal una medida desproporcionada e irrazonable, considerando que no hay un bien superior protegido que si bien podría argumentarse que lo que se trata es de transparentar el mercado bursátil y reflejar la situación económica de las sociedades anónimas que participan en el mercado de valores a fin de garantizar la seguridad en las inversiones y en las operaciones, estas se realizan con las empresas que facultativamente han decidido someterse a las reglas de la SMV y, por lo tanto, deben transparentar sus estados financieros. Pero distinto es este caso específico, aquí las empresas obligadas por el artículo 5 de la Ley

N°29729, voluntariamente han decidido no someterse a la supervisión de la SMV, por lo tanto, no están obligadas a hacer público sus estados financieros como sí deben hacerlo las empresas que prestan servicios públicos y deben estar supervisadas por dicha Superintendencia.

En consecuencia, el TC declaró inconstitucional la disposición que obliga a las empresas no supervisadas por la SMV que tengan ingresos o activos superiores a 3,000 UIT a tener que presentar sus estados financieros porque vulnera su derecho al secreto bancario.

5.4.4. Sentencia recaída en el Exp. N°0922-2021-PI/TC. de fecha 11 de noviembre de 2021 (Exp- 00003-2021-PI/TC y Exp. 00009-2021-PI/TC acumulados). Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 4 del DL N°1313 que modifica el inciso 1 del artículo 143 de la Ley N°26702 que faculta a la Administración Tributaria SUNAT a solicitar a un juez el levantamiento del secreto bancario y contra el artículo 3 del DL. N°1434 que modifica el artículo 143-A de la Ley N°26702 que establece la obligación de las empresas del sistema financiero a tener que suministrar información financiera de manera directa y periódica a la SUNAT.

En este pronunciamiento, que ya hemos analizado en líneas anteriores, el Tribunal ha ratificado que el secreto bancario pertenece a la esfera individual relacionado con la vida económica de la persona y que no es un derecho absoluto sino que determinadas autoridades pueden acceder de manera

legítima bajo ciertas reglas y valores constitucionales. Las limitaciones al secreto bancario se encuentran concretizados en la ley, específicamente en la Ley N°26702, Ley del Sistema Financiero y de seguros en la que se distingue la información que, en concreto, está custodiado por el secreto bancario y de aquellos datos que no tienen la misma protección.

Asimismo, el Tribunal señala que la información protegida por el secreto bancario, según la ley de banca, es la información referida a las operaciones pasivas de sus clientes y aun cuando se trate de información protegida por el secreto, esta no es una protección absoluta porque la Constitución y la ley prevé su levantamiento para determinadas autoridades cuando se trate de operaciones sospechosas que puedan llevar a concluir que hay indicios de la comisión de los delitos de lavado de activos.

Por otro lado, el Tribunal también ha señalado que la información que no goza de protección del secreto bancario es aquella información referida a la información global. Para tal efecto, se considera información global aquella que no se encuentran vinculadas a las operaciones específicas que realiza una persona y que, en definitiva, no reflejan la intimidad económica de manera individualizada de una persona.

Como puede apreciarse, si bien el secreto bancario es en sí mismo una garantía de confidencialidad para los individuos y, concretamente, para determinadas operaciones económicas y/o financieras que

realizan, lo cierto es que no es absoluta y, que, en tal sentido, también admite las excepciones, siempre que se trate de aquellas que encuentren fundamento en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad. (Tribunal Constitucional, 2021, Sentencia N°922-2021-PI, Fundamento 37)

Con respecto a la pretensión de los demandantes por la inconstitucionalidad del DL N°1313, el Tribunal Constitucional desestima esta parte de la demanda y todos los magistrados en pleno están de acuerdo en el sentido que habilitar a la SUNAT a que solicite justificadamente ante una autoridad judicial (un juez competente) el levantamiento del secreto bancario no contraviene los fundamentos de la Constitución o, en todo caso, no va en contra del bloque constitucional de este derecho, siempre que el levantamiento opere para cumplir con los tratados internacionales que tiene suscrito el Estado Peruano o, para cumplir con lo dispuesto en la Decisión de la CAN, algún tratado internacional o, en todo caso, para el ejercicio de sus funciones.

Para tal efecto, según refiere el Tribunal, el juez podrá acceder a la información protegida por el secreto bancario a pedido de la Administración Tributaria; en estos casos, los jueces y tribunales deberán evaluar que la petición se haya realizado en el ejercicio de sus funciones, que exista de manera específica una referencia al caso que se viene investigando con relación del sujeto de quien se va a develar su información financiera, es decir que el cliente del banco de quien

se solicita levantar el secreto bancario sea parte de las investigaciones que viene realizando la Administración.

Asimismo, el Tribunal refiere que, habiéndose autorizado judicialmente el levantamiento del secreto bancario, la misma norma establece las medidas de seguridad para mantener a salvo la confidencialidad de la información obligando a los funcionarios a guardar la reserva bajo responsabilidad administrativa que esta ley establece en caso de incumplimiento.

En cuanto a la pretensión de inconstitucionalidad del artículo 4 del DL N°1434 que modifica el artículo 143-A de la Ley N°26702 que obliga a los bancos a tener que suministrar directa y periódicamente a la Administración Tributaria SUNAT información respecto a los saldos, montos acumulados, promedios o montos más altos de un determinado periodo y los rendimientos generados incluyendo la identidad de los titulares de las cuentas, el Tribunal no ha tenido un acuerdo unánime en este caso, como si lo tuvo en la decisión anteriormente explicada, por el contrario, los fundamentos y la votación sobre la inconstitucionalidad de esta norma han sido divididas.

En esta parte, el Tribunal trae a colación que, en principio, la información que se encuentra protegida por el secreto bancario son las operaciones pasivas que realizan los bancos con sus clientes; pero que la información que deberán suministrar obligatoriamente las entidades del sistema financiero directamente a la SUNAT, conforme dispone el artículo 143-A modificado por este Decreto

Legislativo, sin que previamente se haya solicitado la autorización de un juez “no se trata de operaciones pasivas consideradas individualmente”; por tanto, no le alcanza la protección del secreto.

El Tribunal hace una interpretación un poco extraña con los votos de tres magistrados (Ledesma Narváez, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña) para que finalmente se decida por declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad del DL N°1434 cuando fundamenta que, si bien la información que las entidades financieras deben proporcionar a la SUNAT directa y periódicamente de manera mensual, se trata de operaciones pasivas, pero la norma, según refieren los magistrados, “no alude a operaciones pasivas individuales” sino que, si bien se trata de operaciones pasivas, pero son “operaciones pasivas en conjunto”, es decir, operaciones pasivas pero no individuales, sino, en conjunto. Y, es por ello, que los magistrados denominan operaciones globales a este tipo de operaciones.

En los fundamentos 79 y 80, el Tribunal considera que la información a entregar a la SUNAT no tiene naturaleza de ser una información concreta o específica sino es una información global que no revela la intimidad económica de la persona y que además, no obliga a identificar estas operaciones pasivas y que los rendimientos tampoco están referidos a operaciones pasivas específicas, sino a un resultado de rendimientos de manera conjunta; por tanto, al tratarse de este tipo de información, en estricto, no merece la protección del secreto bancario.

79. La naturaleza de la información que puede ser suministrada no es de tipo concreto o específico, sino que es de carácter global y, en tal entendido, no revela la intimidad que la garantía del secreto bancario protege. (Tribunal Constitucional, 2021, Sentencia N°922-2021-PI, Fundamento 79)

80. Efectivamente, las entidades financieras no tienen el deber de reportar cuáles son las operaciones pasivas concretas que, acumuladas, componen el saldo, sino solo el monto global de éste. Por otro lado, la determinación de promedios o montos más altos no se refieren a operaciones concretas, sino que se deben reportar globalmente sin identificar específicamente las operaciones pasivas que componen tales conceptos. Finalmente, el deber de reportar rendimientos no se refiere a cada operación pasiva en particular, sino al resultado del rendimiento que estas, como conjunto, han arrojado. (Tribunal Constitucional, 2021, Sentencia N°0922-2021-PI, Fundamento 80)

El Tribunal o, mejor dicho, los magistrados no tomaron en cuenta que la ley también obliga que, además de la información que debe ser entregada por los bancos, también se exige que incluya la identidad de los titulares de las cuentas bancarias, lo cual ya no hace que la información tenga el carácter de global o información en conjunto, sino que ya es específica e individual.

Por tales motivos aunados a que la norma cuestionada persigue fines constitucionales valiosos como el cumplir compromisos internacionales asumidos por el Perú y el combate contra la evasión y la elusión tributaria, se desestima la pretensión de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N°1434 que obliga a las empresas bancarias a suministrar información de operaciones pasivas de manera directa a la SUNAT sin que medie autorización judicial.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en esta sentencia hay tres votos singulares que discrepan de la decisión tomada, los magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini y Sardón de Taboada consideran que las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N°1434 que modifica el artículo 143-A de la Ley N°26702 por el cual se establece la obligación de las empresas bancarias en otorgar información directa a la SUNAT sí vulneran el derecho fundamental del secreto bancario y, por lo tanto, resulta siendo inconstitucional.

En los fundamentos de sus respectivos votos singulares sostienen que considerar que se trata de información referida a operaciones pasivas globales que no revelan información individual y, por tanto, no se encontraría protegida por el secreto bancario, es vaciar de contenido el derecho fundamental del secreto bancario. Los tres magistrados coinciden en señalar que la norma expresamente obliga a los bancos a tener que suministrar información de operaciones pasivas efectuadas con sus clientes y, además, la norma indica claramente que deberá remitirse información que incluya la identificación de los titulares de las cuentas bancarias, lo cual claramente transgrede la protección

del secreto bancario. Y aun cuando se trate de operaciones pasivas globales estas también se encuentran protegidas por la confidencialidad del secreto bancario, sino que la única vía para ingresar a este tipo de información es la vía de autorización judicial que sí está permitido legal y constitucionalmente.

Se trata pues, en estricto de un empate, tres votos a favor de declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad contra tres votos que sostienen que las disposiciones del Decreto Legislativo N°1434 vulneran la constitución, por tanto, consideran que se declare inconstitucional la norma que obliga a los bancos a suministrar información directa a la SUNAT. El artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que las decisiones para resolver una causa se toman por mayoría simple, excepto cuando se trate de una demanda de inconstitucionalidad. Para declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, como en este caso, se requieren de cinco (5) votos conformes; si no se alcanza esta mayoría calificada, entonces la demanda de inconstitucionalidad es rechazada y, por tanto, la sentencia declarará infundada la demanda.

Por lo expuesto, se desestima la demanda declarándola infundada, lo que nos lleva a entender que las disposiciones del Decreto Legislativo N°1434 que obligan a las empresas bancarias a suministrar información de manera directa y periódica sobre las operaciones pasivas de sus clientes es constitucional; pero no porque todos los magistrados lo hayan resuelto de manera unánime, sino que no se alcanzaron los votos suficientes para declarar su inconstitucionalidad,

apenas 3 votos, faltaban 2 votos en esta posición. Por lo menos, no hay consenso en la constitucionalidad de la norma.

Por último, cabe mencionar que no estamos en desacuerdo de que la información de las operaciones pasivas sean remitidas a la Administración Tributaria; por el contrario, consideramos que el Estado, a través de su Administración Tributaria, sí debe tener acceso a este tipo de información de manera directa y sin que medie autorización de un juez a fin de perseguir la evasión y fraude fiscal, como sí se persiguen los delitos de lavados de activos y la corrupción accediendo directamente a información financiera.

Además, como venimos sosteniendo, el Estado Peruano viene implementado y adecuando sus políticas y normatividad interna para alinearse a los estándares internacionales que exige la OCDE para que el Perú pueda incorporarse a este importante organismo y dentro de estas exigencias y/o recomendaciones de este Organismo se ha previsto que el Perú implemente una política viable para aumentar la recaudación fiscal luchando contra la evasión y elusión tributaria. Sin embargo, legislar en contravención a la Constitución no es saludable para la estabilidad jurídica de un Estado de Derecho; por ello, es importante armonizar el ordenamiento jurídico con la Constitución.

Consideramos que el secreto bancario debe reducirse al mínimo, como es la tendencia mundial en muchos países, especialmente, los que se encuentran incorporados a la OCDE, sus legislaciones han sido adecuadas de tal manera

que el acceso a la información financiera de las personas no tienen mayores restricciones cuando se trata de perseguir la criminalidad y las evasión y elusión de impuestos a nivel nacional e internacional, pero en el escenario jurídico que actualmente tiene el Perú, legislar contra el secreto bancario o su levantamiento para fines tributarios se choca con una barrera constitucional, si bien hay importantes limitaciones a este derecho contempladas en normas con rango legal, es necesario que la Constitución permita el acceso de información financiera de las operaciones pasivas al ente recaudador de impuestos o, en todo caso, deje su regulación total a nivel de leyes ordinarias como lo han hecho muchos países.

5.5. El deber de contribuir en el derecho tributario y los deberes de colaboración.

La Constitución Política del Perú en su artículo 74 faculta el ejercicio del poder tributario en los tres niveles de gobierno: central, regional y local; asimismo, el ejercicio de este poder no es ilimitado e irrestricto, sino que tiene sus límites y, en este mismo artículo se regula, a través de los principios, los límites al poder tributario, tales como los principios de legalidad, reserva de ley, igualdad, no confiscatoriedad y el respeto a los derechos fundamentales. Sin embargo, estos principios explícitos no son los únicos, sino que también, en materia tributaria, el Tribunal Constitucional ha llenado de contenido los principios implícitos desarrollándolos y aplicándolos en numerosas jurisprudencias, principios como el deber de contribuir, solidaridad, capacidad contributiva, entre otros.

Ahora bien, es importante que cada ciudadano cumpla con la obligación de tributarle al Estado conforme a su capacidad contributiva; sin embargo, en el contexto de un Estado más dinámico y global, no es suficiente con proveer los recursos económicos al Estado para aumentar las arcas fiscales, sino que ahora resulta también importante y hasta determinante que los ciudadanos y demás sujetos se comprometan a realizar una serie de acciones que permitan garantizar el cumplimiento de la obligación sustancial, el pago del tributo. Estas acciones constituyen obligaciones formales para el deudor principal pero también alcanzan a terceros; por lo que el Tribunal Constitucional ha desarrollado la idea del principio del deber de contribuir.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Exp. N°06089-2006-PA de fecha 17 de abril de 2006 ha señalado que la evolución y transformaciones del Estado han generado en todo este tiempo que los sujetos que se relacionan directa e indirectamente con el ente público asuman determinados deberes y que el fenómeno tributario entiende la obligación mucho más allá que la sola obligación sustantiva del pago. En una concepción más moderna del tributo se incorpore a esta obligación, obligaciones complementarias, sucedáneas tales como declarar, llevar registros, libros, entregar información e incluso extiende estas obligaciones a una responsabilidad solidaria de terceros que se encuentren vinculados al contribuyente bajo algún nexo de índole jurídico y/o económico. Estos deberes de colaboración con la Administración Tributaria, tanto del propio contribuyente como de terceros, buscarán garantizar el

cumplimiento oportuno del tributo así como luchar contra la informalidad y evasión fiscal.

Así, si las transformaciones del Estado han conllevado, a su vez, la transformación de los roles sujeto privado-sujeto público e, igualmente, han determinado una mayor asunción de deberes por parte de los ciudadanos, resulta entendible que el fenómeno tributario, para mejor atender los cambios en las necesidades sociales, también extienda sus alcances más allá de la mera obligación sustantiva al pago, e incorpore otras obligaciones sucedáneas, tales como obligaciones de declaración o autoliquidación de tributos, de información en la fiscalización, la responsabilidad solidaria de terceros vinculados al contribuyente por algún nexo económico o jurídico, e, incluso, deberes de colaboración con la Administración en la lucha contra la informalidad y la evasión fiscal. (Tribunal Constitucional, 2006, Sentencia N°06089-2006-PA, Fundamento 16)

Luis Durand Rojo (2006) desarrolla la idea del deber de contribuir entendido en una doble acepción, primero, como el deber de pagar los tributos que realmente corresponden al ciudadano y que incluye, sin duda, la obligación de tener que cumplir obligaciones formales o accesorias como la de autoliquidar el tributo, llevar libros y registros, emitir comprobantes de pago, entre otros; y, una segunda acepción, entendido el deber de contribuir, como el deber de

colaboración en el que se incluye a todos los ciudadanos obligados a tener que coadyuvar en las labores de fiscalización que realiza la Administración Tributaria, proporcionar información relevante en materia tributaria con respecto a terceros y coadyuvar con el ente fiscal en las labores propias de recaudación, como es el caso de los agentes de retención y percepción que, sin ser contribuyentes ni entes públicos, deben asumir el cobro de los tributos vinculados a su negocio para luego entregarlos a la Administración.

Sesma Sánchez (2001) sostiene que unos de los fundamentos constitucionales del deber de colaboración con la Administración Tributaria, en virtud del cual se obliga a los terceros a suministrar información requerida, es precisamente que, con ello se logra la justicia tributaria; es decir, que la información suministrada por un tercero, constituye un instrumento valioso para el fisco porque le permite tener un insumo para luchar contra la evasión y la elusión tributaria.

Para José Ruiz García (1988), uno de los límites a los deberes de colaboración por parte de los terceros es precisamente el derecho a la intimidad; sin embargo, ante el dilema, por un lado, de adoptar un criterio estricto en el que se respeta el ámbito protegido por el derecho a la intimidad personal, los deberes de colaboración no tendrían mucha operatividad para la Administración Tributaria. Por otro lado, asumiendo un criterio amplio en el que los deberes de colaboración de un tercero llevan a datos relevantes para la determinación de la situación tributaria de un sujeto, entonces se subordina el principio del deber de colaborar a un valor constitucional de vital importancia para la sociedad, como

el deber de contribuir que tiene todo ciudadano al sostenimiento de los gastos del Estado, prevaleciendo por encima del derecho a la intimidad.

En esa línea, entonces podemos señalar que las entidades del sistema financiero (bancos) resultan siendo terceros en una relación jurídico-tributaria; sin embargo, bajo la aplicación del deber de contribuir, están obligados a contribuir con el fisco, no en la modalidad de pagar impuestos, sino en la modalidad de proveer información de sus cliente que facilite las labores de fiscalización de la administración Tributaria y, por ende, detectar con dicha información supuestos de evasión y/o elusión tributaria. Los bancos se convierten entonces en sujetos responsables y obligados frente a la Administración en cuanto a la información financiera que poseen de su cliente, sin que haya de por medio la restricción del secreto bancario, siempre que haya un requerimiento debidamente sustentado.

Bravo Cucci (2023) refiere que la regla a la excepción del secreto bancario es precisamente la obligación que tiene la entidad bancaria de colaborar con la Administración pública entregando información, cuyo fundamento se basa en razones de orden público. Por tanto, señala que es legítimo que el Estado imponga restricciones legales al secreto bancario para permitir las actuaciones de los tribunales jurisdiccionales, así como también el ejercicio de la potestad tributaria estatal; en ese sentido, existe entonces un derecho de la Administración Tributaria en exigir se le entregue información para el logro de sus fines.

Esta interpretación que se da al deber de contribuir o a los deberes de colaboración para con el Estado encuentra su fundamento en el artículo 3 y 43 de nuestra Constitución Política cuando se fija como característica del Estado Peruano como un Estado Social y Democrático de Derecho dando forma al principio de solidaridad que fundamenta los deberes de colaboración de todo ciudadano con las obligaciones fiscales.

En ese sentido el Tribunal ha señalado que en un Estado Social y Democrático de Derecho como lo es el Perú los ciudadanos no solamente tienen el deber de pagar los tributos, sino que además también asumen determinados deberes de colaboración para con la Administración Tributaria, consolidándose como verdaderas obligaciones jurídicas que deberán cumplirse y susceptibles de imponerse una sanción. Es decir, que ahora con los nuevos fines que persigue el Estado se pasa de un deber de contribuir sustentado en la capacidad contributiva para pasar a un deber de contribuir que encuentra su fundamento en el nuevo principio de solidaridad.

(...) en este tipo de estado el ciudadano ya no tiene exclusivamente el deber de pagar tributos, concebido según el concepto de libertades negativas propio del estado Liberal, sino que asume deberes de colaboración con la Administración, los cuales se convertirán en verdaderas obligaciones jurídicas. En otras palabras, la transformación de los fines del Estado determinará que se pase de un

deber de contribuir, basado fundamentalmente en la capacidad contributiva, a un deber de contribuir basado en el principio de solidaridad. (Tribunal Constitucional, 2006, Sentencia N°06089-2006-PA/TC. Fundamento 21)

Cabe también precisar que, en este contexto, el deber de contribuir entendido como deberes de colaboración y que no sólo corresponde al contribuyente sino también alcanzan a terceros, entonces las instituciones financieras, como terceros en una relación tributaria, se encuentran vinculadas jurídica y económicamente con el contribuyente, por tanto, deberán cumplir con los deberes de suministrar información financiera de sus clientes a la Administración Tributaria y esta obligación no tiene fines de flujo de caja para el Estado, es decir no persigue inmediatamente la recaudación en sí misma, sino que se basa en la lucha contra la evasión y elusión fiscal persiguiendo el origen y el destino del dinero, haciendo más eficaz las labores de fiscalización y control de la Administración Tributaria.

Al respecto, Luis Durand Rojo (2006), citando a Collado Yurita, sostiene que el Estado, a través de su Administración Tributaria, debe disponer de una “red informativa” y de una “red de informadores” distribuidos de manera capilar por toda la sociedad para que, en cumplimiento de la ley, recojan determinada información y tengan el deber individual de colaboración de tener que suministrarla al ente recaudador. Por su parte, este mismo autor, refiere que el deber de contribuir basado en el principio de solidaridad hará que el Estado

pondere sus acciones para luchar con el fraude de ley y la evasión fiscal haciendo posible que, sobre la base de los deberes de colaboración de terceros, obligando a proporcionar básicamente información relevante hace que el Estado Peruano acceda a información importante para priorizar otros bienes constitucionalmente valiosos que no solo tienen que ver con el poder de imposición tributaria sino, incluso, con derechos humanos reconocidos en el texto constitucional.

Ahora bien, para efectos de nuestra investigación, cabe preguntarse si la información que las instituciones financieras deben suministrar a la Administración Tributaria debe ser de manera individualizada o general. Nuestra legislación tributaria, a nivel de normas ordinarias, permite el requerimiento de información a los bancos, previa autorización del juez, siempre que se necesite acceder a las operaciones pasivas de una persona con el banco, para ello se exige como requisito que la persona de quien se requiera la información se encuentre en un proceso de investigación o dentro de un procedimiento de fiscalización tributaria o, en todo caso, el pedido resulta necesario para cumplir con el intercambio de información, según los tratados internacionales suscritos por el Perú.

Sesma Sánchez (2001), haciendo referencia a la Ley General de Tributación española, señala que, con la finalidad de proteger el derecho a la intimidad y la confidencialidad bancaria, los requerimientos individualizados de información financiera de un contribuyente deben seguir un procedimiento especial y exige

como requisito que el pedido de información se encuentre vinculado a un procedimiento de inspección tributaria, vale decir, una fiscalización y/o actuaciones de comprobación que lleven a la regularización tributaria de un sujeto determinado.

Sin embargo, siguiendo las ideas de la autora española, la vinculación del requerimiento de información a un procedimiento de inspección tributaria no es real en la práctica, ni tampoco es exclusividad del procedimiento fiscalizador, porque la misma ley tributaria le permite a la Administración requerir información independientemente del procedimiento de inspección y sin necesidad de esta vinculación. Muchas veces la Administración obtiene información bancaria de manera genérica sin que se necesite inicialmente identificar al sujeto; sino que a raíz de la información suministrada se identifica al sujeto que será fiscalizado, según el contenido de la información.

Por lo tanto, el requerimiento de información sobre operaciones pasivas es individualizada en un determinado sujeto; sin embargo, no es la única forma de obtención de información bancaria, sino también existe el requerimiento de información (de operaciones pasivas), de manera genérica que permita identificar a los titulares de la cuentas para iniciar, a partir del contenido de dicha información, una posterior fiscalización con fines de perseguir la evasión y elusión tributaria.

Sin embargo, esta forma de obtención de información de operaciones pasivas de los contribuyentes de manera genérica con reportes de las instituciones financieras indicando la identificación de los titulares de las cuentas no es posible en nuestro ordenamiento tributario ni bancario porque la Constitución no lo permite ya que reconoce, para estos casos, el secreto bancario. Pero como vemos en la legislación española, el acceso a este tipo de información bancaria resulta siendo necesario, útil y determinante para que, con dicha información suministrada de manera genérica por los bancos, la Administración Tributaria fortalezca su labores de fiscalización y persiga los actos de evasión y elusión tributaria identificando, con la colaboración de los bancos, a los contribuyentes que se sustraen de sus obligaciones tributarias.

En definitiva, el deber de colaboración de las instituciones financieras es de vital importancia en la lucha contra la evasión y elusión tributaria, porque le permite a la Administración Tributaria tener un instrumento útil para que, con la información bancaria, en especial, de las operaciones pasivas de los ciudadanos, detectar evasión y elusión tributaria y, a partir de ello, trazar políticas de una fiscalización más eficiente en los resultados.

5.6. Conflicto de valores constitucionales: secreto bancario vs deber de contribuir – Ponderación del Test de Proporcionalidad:

Entonces, sobre la base del principio de solidaridad, el deber de contribuir aparece como un valor constitucional que busca concretizar otro bien

constitucional, válidamente legítimo, como es el ejercicio del poder tributario que corresponde al Estado, tratando de asegurar los recursos necesarios para hacer frente al gasto público que, a su vez, busca lograr el bienestar general de la sociedad financiando los servicios públicos. Todos los ciudadanos, entonces, tenemos el deber de contribuir, sea pagando los tributos, cumpliendo con obligaciones formales y accesorias o, estando en la posición de tercero, colaborando con la Administración con información necesaria para perseguir el fraude tributario, la evasión y elusión tributaria. Sin embargo, estos bienes constitucionalmente reconocidos pueden, en ciertos casos, entrar en conflicto con otros bienes como es el secreto bancario y la reserva tributaria que, como parte del derecho a la intimidad, también tienen reconocimiento constitucional; por lo que corresponde al Estado actuar con ponderación.

Estos bienes constitucionales deben ser entendidos desde dos teorías: absoluta y relativa. La teoría absoluta entiende el derecho constitucional como un núcleo duro, absolutamente cerrado a cualquier injerencia del poder público, hay una parte sustancial del derecho que no acepta intervención ni limitación aun cuando medie justificación y legítimo interés de otro valor. En tanto que, la teoría relativa señala que el derecho permite una restricción o limitación para dar paso a un interés o valor superior cuya satisfacción justifique su intervención de manera razonable y proporcional.

Refiere Luis Durand (2006) que, cuando se trata de armonizar la aplicación de principios y derechos reconocidos constitucionalmente, la mayoría de tribunales

en el mundo aplica la técnica de la ponderación entendiendo que, conforme a la teoría relativa, los valores o bienes constitucionales no tienen un contenido sustancialmente absoluto, fijo, estático, sino, por el contrario, el contenido es variable, dependiendo del cada caso concreto en la que puede priorizarse un principio sobre otro. Ello, sin embargo, no significa que un principio o derecho vale más que el otro, ambos valores en conflicto siguen teniendo el mismo valor constitucional, sino que para resolver un determinado caso, se ha preferido la vigencia de uno sobre el otro.

Corresponde entonces aplicar el principio de proporcionalidad para determinar si el levantamiento del secreto bancario con estas disposiciones legales (Decreto Legislativo N°1434 y su Reglamento DS N°430-2020-EF y el DS N°009-2021-EF) son normas constitucionales. Por el juicio de proporcionalidad determinaremos si esta norma limitativa del derecho al secreto bancario es idónea en cuanto a la finalidad que persigue, si es necesaria al no haber otra alternativa limitativa que sea razonable y eficaz y, finalmente, si la norma resulta ser adecuada.

Por eso, como dice el profesor Luis Durand Rojo, ponderar no significa determinar una jerarquía de derechos sino armonizar, a partir de un hecho en concreto, de un supuesto fáctico, donde hay derechos o bienes jurídicos en tensión, debiendo priorizarse, para ese caso en cuestión, la aplicación de un derecho o principio dejando de lado el otro valor. Ponderar es, entonces, sopesar la eficacia de un bien constitucional que no rige como una regla válida para todos

los casos o supuestos parecidos, sino que es una solución relativa para un determinado caso en la que prima un bien superior que legítimamente excluye al otro bien.

Por lo tanto, el proceso de la ponderación implica seguir determinadas fases: primero determinar cuáles son los bienes jurídicos que se contraponen y si cada uno tiene un fin constitucionalmente legítimo que justifique fundadamente la intervención de uno en el otro. Seguidamente se debe acreditar la adecuación o idoneidad del bien constitucional cuyo fin se busca conseguir. Posteriormente debe probarse la necesidad del medio que se está utilizando para determinar que no existe otra medida menos gravosa o restrictiva que con el que se consiga el fin perseguido. Por último, proceder al juicio de proporcionalidad para determinar que existe un cierto beneficio con la medida aplicada que está por encima de los daños ocasionados por la inaplicación del otro principio o bien que se excluyó.

A decir de Traverso (2013), el test de proporcionalidad comprende: i) la aplicación del subprincipio de idoneidad o adecuación que analiza la adecuación de la medida elegida para conseguir el fin perseguido. ii) Subprincipio de necesidad que analiza la necesidad de la medida utilizada para el logro del fin propuesto; y, iii) subprincipio de proporcionalidad que analiza la proporcionalidad entre los medios y el fin, vale decir que el logro obtenido o fin alcanzado con el que se ha satisfecho el principio priorizado no haya dañado otros principios constitucionalmente importantes.

Dicho esto, entonces nos encontramos ante dos valores o bienes constitucionales que se contraponen, por un lado tenemos el derecho al secreto bancario, reconocido expresamente como derecho fundamental en nuestro texto constitucional y que también se encuentra reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como parte del derecho a la intimidad de la persona, cuyo fin es mantener la confidencialidad de las operaciones bancarias realizadas con una entidad del sistema financiero; y, por otro lado, tenemos el deber de contribuir basado en el principio de solidaridad constitucional que obliga al contribuyente a pagar sus tributos y a cumplir los deberes formales que se derivan, pero sobre todo, la obligación de terceros a tener que colaborar con la Administración, suministrando información, en este caso, información financiera por parte de las empresas del sistema financiero, para perseguir, no tanto el flujo de recaudación, sino la lucha contra la informalidad, la evasión y elusión fiscal, garantizando así el legítimo interés constitucional del Estado Peruano a ejercer su poder de imposición fiscal.

5.6.1. Subprincipio de idoneidad o adecuación. Se pretende evaluar que la medida adoptada persiga un fin, que sea constitucionalmente válido y posible y que la medida elegida sea la adecuada para perseguir dicho fin. En este caso, analizaremos si, bajo el principio del deber de contribuir, los terceros, en este caso, las empresas del sistema financiero (bancos) deben facilitar al Estado el acceso a la información financiera de sus clientes, dejando de aplicar el secreto bancario para que así el Estado erradique la evasión y elusión fiscal.

A la luz del artículo 43 y 44 de la Constitución en la que se establece que el Perú es un Estado Democrático Social de Derecho y que, a su vez, el Estado promueve un bienestar general cuyo sustento encuentra en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación. Debemos entender que una de las finalidades de un Estado democrático y social es lograr el bienestar general de su población y la forma de alcanzarlo es precisamente a través del ejercicio de poder fiscal que permita recaudar los tributos necesarios para la implementación de los servicios públicos que garanticen un desarrollo integral del país con igualdad de condiciones y oportunidades para que los ciudadanos vean viable su progreso; este es el fundamento de un Estado Social al que el Tribunal Constitucional peruano ha llamado principio de solidaridad.

El Tribunal Constitucional español ha resuelto en la sentencia 110/1984 que los gastos del Estado resultan siendo cuantiosos que hace imperiosa la necesidad de que su distribución sea equitativa entre todos los ciudadanos, de lo contrario, la carga fiscal resultaría siendo muy injusta ya que lo que no pagan unos terminarán pagando otros que tienen más sentido cívico o menos posibilidades de defraudar. Por eso es importante la labor del órgano inspector que muchas veces puede resultar incómoda para los sujetos obligados, pero el deber de colaborar con la Administración no solo debe recaer en los contribuyentes directamente obligados, sino también en los sujetos que puedan suministrar datos e información que ayuden a lograr una equidad fiscal y en ese grupo de terceros se encuentran a los bancos y entidades de crédito.

Por tanto, el acceso a la información financiera de las personas naturales y jurídicas es un medio idóneo para que el Estado Peruano logre perseguir el origen y el destino de los capitales obligados a tributar y, por ende, repercuta en la recaudación que destinará mayores recursos para el gasto público. En tal sentido, prima el principio del deber de contribuir de los terceros obligando a las entidades del sistema financiero a proporcionar información financiera de sus clientes excluyendo la pretensión de cubrirse bajo la protección del secreto bancario.

5.6.2. Subprincipio de necesidad. Superado el examen de idoneidad, corresponde evaluar la necesidad del medio. Es decir, corresponde analizar que el medio utilizado para alcanzar el fin propuesto sea el menos gravoso, el menos intenso, entre otros medios alternativos. La medida seleccionada resulta siendo más benigna al derecho afectado. En otras palabras, para la injerencia a la esfera del derecho fundamental del secreto bancario, la medida del deber de colaboración que obliga a acceder a la información financiera de las personas es la más benigna, la que ocasiona una menor restricción a la confidencialidad bancaria en comparación con las otras medidas que pueden generar un daño mucho mayor.

Cabe preguntarnos entonces si existe otra medida que permita al Estado acceder a la información financiera para luchar contra la evasión y elusión tributaria, acaso podríamos decir que hay la posibilidad que se le exhorte

directamente al interesado a que voluntariamente entregue información de sus operaciones pasivas realizadas en una entidad bancaria, si es él precisamente quien no desea que se sepa la información de sus cuentas.

Asimismo, también se podría argumentar que la Ley N°28194 que crea el Impuesto a las Transacciones Financieras – ITF podría ser una medida alternativa que obliga a las personas y a las empresas que realizan operaciones tengan que utilizar el sistema financiero, además de estar obligados a pagar un impuesto mínimo; sin embargo, esta medida solo le permite al Estado a acceder información restringida que tiene que ver con los saldos mensuales de las cuentas y el monto de la operación pero no los rendimientos ni demás operaciones que la conforman. Por eso, esta medida resulta siendo insuficiente para el objetivo que se pretende.

Por lo tanto, la medida propuesta resulta siendo necesaria para la consecución del objetivo que se pretende alcanzar ya que no existe otro medio suficientemente eficiente que permita al Estado acceder a información financiera de las personas y de las empresas que revelen sus operaciones bancarias y el contenido de éstas, si no es con los deberes de colaboración que tienen que cumplir las empresas del sistema financiero al tener que proporcionar reportes mensuales con dicha información.

5.6.3. Subprincipio de proporcionalidad. Superados los exámenes anteriores (idoneidad y necesidad) corresponde evaluar su proporcionalidad, es decir,

debemos determinar las ventajas y desventajas que se generan por la limitación de un derecho fundamental, en este caso, las restricciones al secreto bancario, para priorizar el logro de otro principio, también muy valioso constitucionalmente, como es el principio del deber de contribuir que le permita al Estado acceder a información financiera a fin de luchar contra la evasión y elusión fiscal.

Según el Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia recaída en el Expediente N° 00032-2010-PI, considera que este subprincipio implica que una medida que restringe un determinado derecho fundamental se considerará ponderada si el grado de afectación o incidencia sobre el contenido de los derechos limitados es menor al grado de satisfacción de los derechos o bienes constitucionalmente priorizados (F. 20).

Por tanto, corresponde analizar si el grado de satisfacción al principio del deber de contribuir que implica acceder a la información financiera de los bancos con respecto a las operaciones financieras de sus clientes es suficientemente satisfactoria para que el Estado, a través de su Administración Tributaria, logre luchar contra la evasión y elusión tributaria en comparación con el daño causado al secreto bancario habiéndose levantado la confidencialidad de las operaciones financieras de las personas lo cual es un daño mucho menor a lo que el Estado llegó a lograr.

Siendo que el secreto bancario es una parte del derecho a la intimidad de la persona, pero no constituye la parte sustancial de la persona, no forma parte del

núcleo constitucionalmente protegido por la Constitución, sino más bien, es un conjunto de información económica de la persona cuyo develamiento no va a generar grave perjuicio en la psicología del individuo; por lo tanto permite su intervención y limitaciones en su ejercicio. Por esa razón, es proporcional entonces el daño generado al derecho a la intimidad con el levantamiento del secreto bancario del individuo siendo en grado leve su afectación.

Resulta entonces razonable y proporcional la afectación al derecho a la intimidad económica de la persona cuando se restringe y limita el derecho al secreto bancario con la finalidad de dar pase a intereses legítimos del Estado que tienen también una protección constitucional como es el principio del deber de contribuir cuyo fundamento encuentra en el principio de solidaridad lo cual permite al Estado a hacer prevalecer su poder de imposición fiscal y luchar contra la evasión y elusión tributaria sacrificando la confidencialidad a la información financiera. No habiéndose afectado de manera absoluta el ejercicio al derecho a la intimidad de la persona.

Asimismo, también cabe precisar que el grado de satisfacción al principio del deber de contribuir y al de solidaridad es elevado porque le permite al Estado acceder a información financiera de las personas naturales y jurídicas con lo cual se busca luchar contra la evasión elusión fiscal, pues le otorga a la Administración Tributaria una herramienta eficiente para perseguir el origen y el destino de las rentas haciendo más eficiente su labor de fiscalización.

A decir de Pintado Espinoza (2023), en este contexto de protección de los bienes constitucionales, como en este caso, la protección del deber de contribuir, es oportuno afirmar que las normas que permiten el levantamiento del secreto bancario y, consecuentemente, permiten el acceso a la información financiera de los contribuyentes obtenida de las entidades bancarias para luchar contra la evasión y elusión fiscal, “(...) cumplen con este fin, pues está directamente relacionado con lograr la recaudación tributaria que corresponde conforme a ley, generando más ingresos para el Estado Peruano.” (Pintado, 2023, p. 131)

Por lo expuesto hasta aquí, el derecho fundamental del secreto bancario que colisiona con el principio del deber de contribuir obligando a las empresas del sistema financiero a tener que suministrar información para que el Estado logre un fin constitucionalmente legítimo como es el de imponer su poder fiscal redistribuyendo de manera justa y equitativa las cargas fiscales entre todos los ciudadanos para que colabore con lo que le toca colaborar en los gastos públicos del país y sin que nadie encuentre mecanismos para sustraerse de sus deberes con el fisco, resulta ponderado.

En esta colisión que enfrenta dos valores constitucionales de importancia, prevalece el principio del deber de contribuir frente al secreto bancario porque no se puede aceptar que, bajo la protección de la confidencialidad bancaria, muchas personas y empresas, además de cometer delitos de orden económico, encuentren un instrumento jurídico legal para ocultar su fraude con el fisco con prácticas de evasión o elusión que la autoridad tributaria pueda identificar

generando un gran perjuicio económico al Estado y, por ende, limitando el bienestar general de la sociedad.

Por ello, la intervención del Estado en limitar el derecho al secreto bancario resulta siendo idóneo, necesario, razonable y proporcional haciendo prevalecer el deber de contribuir y, con ello, la potestad tributaria del Estado sin que se afecte en alto grado el derecho a la intimidad de la persona; si bien se afecta el derecho al secreto bancario pero su ejercicio no puede ser utilizado por los ciudadanos para pretender ocultar sus delitos económicos y/o fraudes fiscales. Por tanto, su limitación resulta siendo una medida idónea, necesaria, razonable y proporcional por lo que supera el test de proporcionalidad.

CAPÍTULO VI

COMPROMISOS DEL ESTADO PERUANO CON LA OCDE Y OTROS ACUERDOS INTERNACIONALES CON RELACIÓN AL SECRETO BANCARIO

6.1. El Perú y su adhesión a la OCDE.

La Organización para la Cooperación y Desarrollos Económicos – OCDE es una organización global que reúne a las economías de países desarrollados y en vías de desarrollo, tiene como finalidad contribuir a impulsar políticas que buscan el crecimiento económico de las naciones orientadas a lograr la transparencia en los actos de gobierno, luchar contra la corrupción, mejorar las condiciones sociales para el bienestar general, lograr igualdad de oportunidades y conservar el medio ambiente. En este espacio, los países comparten experiencias de buenas prácticas en las políticas económicas y diseñan reformas de políticas públicas sostenibles en diversas áreas para alcanzar estándares internacionales de objetivos de desarrollo.

El Perú ha mostrado su interés de formar parte de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos – OCDE desde hace más de una década. Durante todos estos años ha tenido que cumplir una serie de requisitos que implican no sólo adherirse a determinados acuerdos y/o convenios sino que ha tenido que implementar políticas en diferentes aspectos de la economía,

gobernanza pública, salud, educación, política fiscal, acceso a información, transparencia, medio ambiente, entre otros. Los respectivos gobiernos de turno vienen cumpliendo los rigurosos requerimientos de la OCDE en cada etapa del proceso de adhesión y se espera que al 2026 el Perú sea formalmente un miembro de esta importante organización global.

Así, en el 2008, el Perú se convirtió en el cuarto país Latinoamericano en adherirse a la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales de la OCDE con el claro propósito de permitir la inversión privada de empresas extranjeras con políticas de transparencias y de fomento del progreso económico y social en el país. En el 2009, el Perú se convierte en el Centro de Desarrollo de la OCDE, que es un espacio de intercambio de experiencias de políticas económicas entre los países desarrollados y en vía de desarrollo. En el 2012, el Perú expresa formalmente, por primera vez, su intención de ser miembro de la Organización y en el 2017, por segunda vez. Actualmente, el Consejo de la OCDE se encuentra evaluando la candidatura de nuestro país junto con la de otros países: Argentina, Brasil, Bulgaria, Croacia y Rumanía.

En el 2014, la OCDE decide invitar al Perú a participar en el “PROGRAMA PAÍS” que consiste en asistir con apoyo técnico al Perú para lograr estándares y prácticas con reformas políticas en 5 áreas claves: eliminar barreras al crecimiento, mejorar la gobernanza pública, combatir la corrupción, desarrollar capital humano y proteger el medio ambiente. El resultado de la implementación

de estas reformas han sido exitosas, habiéndose acreditado la modernización de la economía y logrando una participación y acercamiento a los estándares en 12 instrumentos de la OCDE que han requerido cambios legislativos. Es por ello que en el 2017, la OCDE evalúa formalmente la candidatura del Perú y en el 2022, el Organismo remite la invitación formal al Perú para que inicie su proceso de adhesión a la Organización y se fija la Hoja de Ruta del proceso en donde se especifican los términos y condiciones a cumplir en esta fase.

Hace poco, en junio de 2023, el gobierno peruano ha presentado el Memorándum Inicial a la OCDE conteniendo la autoevaluación efectuada por el mismo país sobre las políticas y prácticas formuladas por el Estado Peruano, adjuntando los instrumentos legales vigentes haciendo expresa su voluntad y capacidad para la implementación de los dispositivos sustantivos de la organización económica a fin de lograr la adhesión.

En este largo y complejo proceso de adhesión del Perú a la OCDE se ha logrado avanzar en reformas estructurales en aspectos económicos, sociales, ambientales, lucha contra la corrupción y de gobernanza a fin de alinear las políticas nacionales a los estándares y prácticas de la OCDE. Estas medidas han logrado que el Perú fortalezca la transparencia en el Estado, la eficiencia en el gasto público, impulsar la competitividad y mejorar la productividad, generar empleo, combatir la corrupción, mejorar los servicios públicos de salud, educación, reforzar las políticas fiscales con el combate a la evasión y elusión tributaria; sin embargo, pese a estos avances aún estamos lejos de mantener el

equilibrio macroeconómico, reducir la desigualdad, aumentar la recaudación, disminuir la informalidad, reducir los índices de pobreza, aumentar la recaudación tributaria, entre otros.

6.2. Programa País OCDE-Perú.

El 08 de diciembre de 2014 se firmó el Acuerdo entre la República del Perú y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, el mismo que fue ratificado mediante Decreto Supremo N°004-2015-RE que entró en vigencia el 13 de enero de 2015. El Acuerdo fija las condiciones que el Estado Peruano debe cumplir para alcanzar estándares internacionales de gobernabilidad y políticas públicas.

El objetivo del Programa País, conforme establece el artículo 1 del Acuerdo está orientado a allanar el camino para que el Perú se adhiera a los instrumentos de la OCDE y promover la implementación de los estándares internacionales y mejores prácticas económicas para llevar adelante reformas de políticas públicas en diferentes áreas de la sociedad peruana que conlleven a un crecimiento económico sostenible con inclusión social. Este Acuerdo tiene como objetivo:

Artículo 1°.- El objetivo del presente Acuerdo es establecer las condiciones para una cooperación mutuamente benéfica entre las Partes en un Programa País orientado a promover la adhesión a los

instrumentos de la OCDE y la efectiva implementación de los estándares y mejores prácticas de la OCDE, así como avanzar en la agenda de reformas del Perú en diferentes áreas de políticas públicas, en particular en las áreas de emparejamiento del crecimiento económico sostenible con la inclusión social, fortalecimiento de la competitividad y la diversificación de la economía nacional, incrementando la efectividad de las instituciones públicas y alcanzando mejores resultados ambientales. (Acuerdo entre la República del Perú y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2014, artículo 1)

El Programa País se enfocó en 5 áreas: i) eliminación de barreras al crecimiento, ii) mejora de la gobernanza pública, iii) combate de la corrupción, iv) desarrollo del capital humano y, v) protección del medio ambiente. Desde el 2015 se han realizado 14 estudios de políticas en las siguientes áreas: i) la contratación pública, ii) el desempeño ambiental, iii) el sistema de salud, iv) la integridad del sector público, v) la educación vocacional, vi) la gobernanza pública, vii) el territorio, viii) la política regulatoria, ix) las competencias con capacidades técnicas, x) la multidimensionalidad y (xi) las políticas de innovación. Estos estudios han llevado a formular recomendaciones que deben ser implementadas y ejecutadas en el tiempo. Al 2023, el Perú ha adoptado 52 documentos legales de implementación de políticas alineadas a los estándares de la OCDE.

En lo que respecta a materia tributaria y dentro del marco del Programa País, el Perú ha logrado implementar con éxito las siguientes acciones sobre instrumentos legales y participación en órganos de la OCDE:

- Implementación de diversos instrumentos normativos legales internos que permiten acceder a información financiera orientados al levantamiento del secreto bancario a fin de combatir la evasión y elusión fiscal. Tales como:

Aprobación de diversos Decretos Legislativos sobre temas tributarios:

- Decreto Legislativo N°1312 sobre precios de transferencias, BEPS y Evasión Fiscal
 - Decreto Legislativo N°1313 sobre levantamiento del secreto bancario con autorización judicial que modifica el artículo 143 de la Ley N°26702, Ley del Sistema Financiero.
 - Decreto Legislativo N°1315 que modifica el Libro Segundo del Código Tributario para incorporar las disposiciones referidas a la Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria que regula el intercambio de información a solicitud, espontánea y automática entre las jurisdicciones.
 - Decreto Legislativo N°1434 sobre reporte de información directa de las entidades del sistema financiero a la SUNAT, que modifica el artículo 143-A de la Ley N°26702, Ley del Sistema Financiero.
- En el 2018, el Perú suscribe la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal (MAAC – siglas en inglés) y se une a 119 países que tienen políticas contra la evasión y elusión tributaria. Este acuerdo permite al

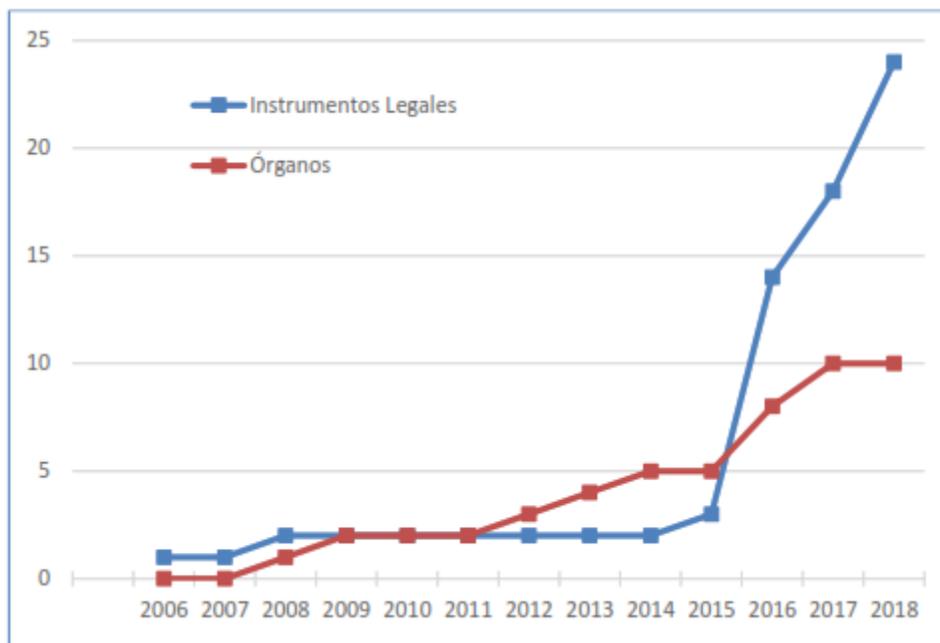
Estado Peruano expandir el número de socios para intercambio de información de 11 a 40, conforme a los acuerdos bilaterales y regionales.

- La creación en el 2017 de una Unidad Especializada dentro de la SUNAT en Transparencia Fiscal e Intercambio de Información (EOI, siglas en inglés).
- La implementación de la Oficina de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria que cuenta con personal cualificado y herramientas sofisticadas, además de los manuales para la ejecución de la EOI.
- En el 2014, el Perú se une al Foro Global de Transferencia Fiscal e Intercambio de Información.
- En el 2016, el Perú recibe la primera certificación de cumplimiento del Foro Global en la primera ronda de revisión y en el 2010 supera una segunda ronda de revisión confirmando su certificación de cumplimiento.
- En el 2017, el Perú se une al Marco Inclusivo de la OCDE y el G20 sobre la BEPS que es un espacio de coordinaciones de 135 jurisdicciones que tiene como finalidad reducir las prácticas de evasión y elusión tributaria.
- El Perú se adhiere a la Convención Multilateral para implementar políticas de prevención de erosión de las bases imponibles y traslado de beneficios (firmada en junio de 2018)
- En el 2018, el Perú firma el Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes sobre el Intercambio de reportes País por País.
- El Perú inicia el proceso de adhesión a los Acuerdos de los Códigos de Liberalización de Movimientos de Capitales y el de Operaciones Invisibles.

Al 2018, el Perú se encuentra cumpliendo con la adhesión a 24 instrumentos legales de la OCDE y 10 órganos de la OCDE en los que participa activamente.

Gráfico N° 1. ADHESIÓN DEL PERÚ A LOS INSTRUMENTOS LEGALES Y PARTICIPACIÓN EN LOS ÓRGANOS DE LA OCDE.

Adhesión a Instrumentos Legales y participación en Órganos de la OCDE



Fuente: OCDE. Programa País OCDE-Perú. Resúmenes ejecutivos y principales recomendaciones (2018)

Elaboración: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico - OCDE

6.3. Estudios Económicos de la OCDE: Perú 2023 (setiembre 2023).

Recomendaciones de la OCDE en materia tributaria.

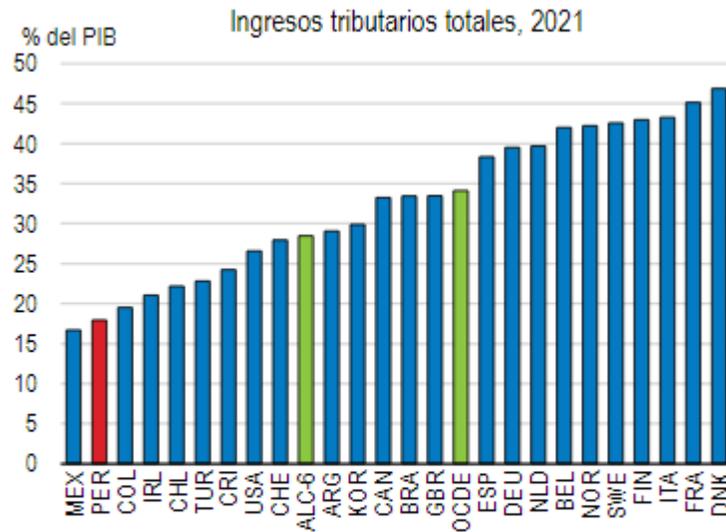
Dentro del proceso de adhesión del Perú a la OCDE iniciado el 22 de enero de 2022 con la entrega al gobierno peruano de la Hoja de Ruta a la OCDE, en las que se establecen los términos, condiciones y procesos para llevar adelante dicha adhesión, se ha realizado una evaluación rigurosa de la legislación,

políticas y prácticas en el Perú y su alineación con los instrumentos jurídicos de la OCDE, estándares internacionales y mejores prácticas. Esta evaluación abarca estudios relacionados con la política gubernamental, política económica, mercado laboral, política social y salud. En esta parte recogeremos las recomendaciones relacionadas al ámbito de política fiscal y, especialmente en materia tributaria.

Tal como se señala en el documento en referencia, el Estudio Económico del Perú fue analizado y debatido en una reunión del Comité de Revisión Económica y Desarrollo el 11 de julio de 2023 con información y datos utilizados hasta el 14 de setiembre de 2023.

1. Para mejorar los servicios sociales y la infraestructura en el Perú, es necesario mejorar la eficiencia en el gasto y aumentar los ingresos tributarios. El Perú reporta ingresos tributarios del 17% del PBI, que son niveles muy bajos en comparación con otros países. Esto se debe, según la OCDE, al bajo cumplimiento de obligaciones tributarias, la alta informalidad, un registro incompleto y anticuado y un umbral elevado para el pago de impuesto a la renta de las personas naturales. Los regímenes de impuesto a la renta de las empresas es muy complejo y eso eleva la evasión fiscal, provoca la informalidad, no incentiva el crecimiento de las empresas que conlleva a la baja productividad. (OCDE, 2023, p. 12)

Gráfico N° 2. PRESIÓN TRIBUTARIA DEL PERÚ



Nota: América Latina y el Caribe (ALC-6) es una media simple de ARG, BRA, CHL, COL, CRI y MEX. Fuente: OCDE, Base de datos mundial de ingresos tributarios.

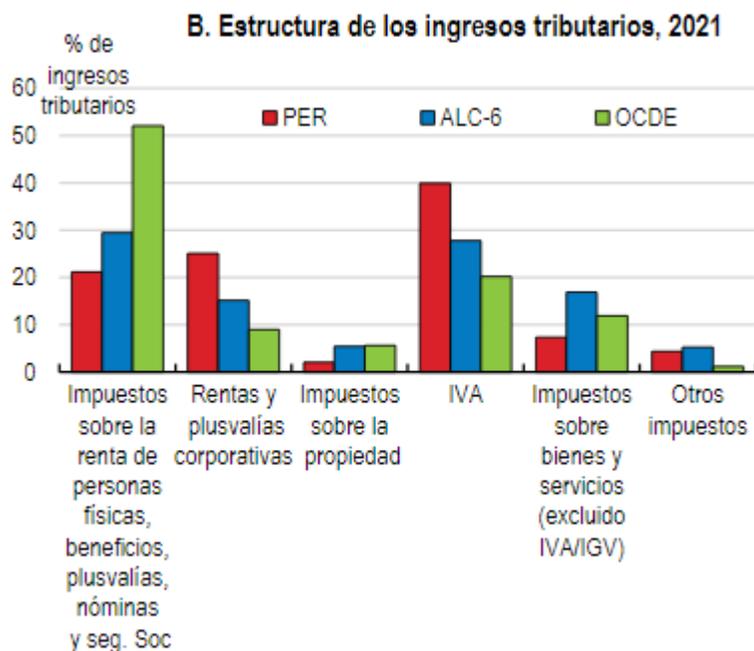
StatLink  <https://stat.link/eqc9wx>

Fuente: Estudios Económicos de la OCDE: Perú 2023.

Elaboración: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico - OCDE

Comentario: La presión tributaria en el Perú es de 17% del PBI muy por debajo del promedio de la OCDE: 34% y de Latinoamérica que es de 30%. El Perú está lejos de llegar a esos niveles; por ello no es posible el financiamiento eficiente de los servicios básicos y de la infraestructura sino se eleva la recaudación tributaria y se reduce la evasión y elusión fiscal.

Gráfico N° 3. ESQUEMA DE LOS INGRESOS TRIBUTARIOS EN EL PERÚ.



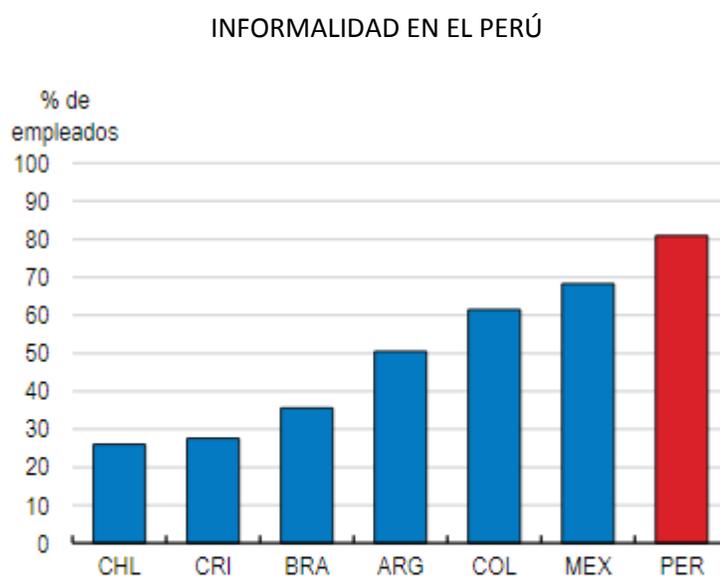
Fuente: Estudios Económicos de la OCDE: Perú 2023. (p. 14)

Elaboración: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico - OCDE

Comentario: El Perú depende sobremanera de los impuestos indirectos al consumo, como el IGV, cuando en los países de la OCDE la mayor fuente de ingresos proviene de los impuestos sobre la renta y de las aportaciones a la seguridad social. Aunque, apoyarse en los impuestos al consumo es beneficioso para la productividad y, por ende, genera un crecimiento económico y conlleva a una baja progresividad en el sistema fiscal.

2. Debe reestructurarse la descentralización fiscal. Ello implica que debe definirse las responsabilidades de las administraciones nacionales, así como otorgar mayores poderes tributarios a las autoridades regionales.
3. El Perú debe reducir sustancialmente la informalidad. El Perú tiene una de las tasas más altas de informalidad en América Latina, el 80% de los trabajadores tiene limitaciones para protección del empleo y acceso a la seguridad social.

Gráfico N° 4. LA INFORMALIDAD EN EL PERÚ.



Nota: Los trabajadores informales son aquéllos que no cotizan al sistema de pensiones. 2021 o último año disponible. Fuente: Base de datos SIMS del BID.

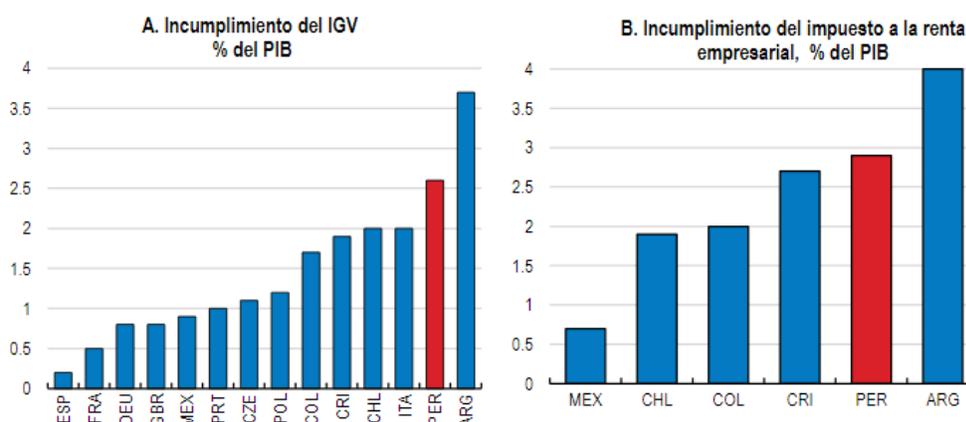
StatLink  <https://stat.link/302oqs>

Fuente: Estudios Económicos de la OCDE: Perú 2023. (p. 16)

Elaboración: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico - OCDE

4. Existe un alto incumplimiento de las obligaciones tributarias. Son pocas las empresas y personas que cumplen con sus obligaciones tributarias y lo hacen precisamente por estar dentro de la formalidad, pero hay muchos participantes en el mercado que no aportan al fisco. La evasión fiscal le cuesta al Perú el 5.5% del PBI, el incumplimiento del IGV cuesta el 2.6% del PBI (uno de los porcentajes más elevados en América Latina).
5. Las exoneraciones y tasas reducidas del IGV cuestan el 1% del PBI, como por ejemplo, las exoneraciones a los libros, revistas, la tasas reducida del 10% del IGV a determinados restaurantes y a los productos de primera necesidad.
6. El Perú debe revisar las exenciones en el IGV, en las ganancias y en la plusvalía que grava el impuesto a la renta lo cual genera una baja recaudación e incide negativamente en la equidad fiscal.

Gráfico N° 5. EVASIÓN Y ELUSIÓN TRIBUTARIA DEL IGV Y DEL IR EN EL PERÚ.



Nota: Para Perú, año 2021. Panel A: 2017, salvo para CRI y MEX (2016). Panel B: ARG 2005, CHL 2009, CRI 2015, COL y MEX 2016.
Fuente: Secretaría de la OCDE, basada en (Cepal, 2020^[28]; Sunat, 2022^[22]; Sunat, 2022^[23]) y (OECD et al., 2022^[29]).

StatLink  <https://stat.link/iw80k3>

Fuente: Estudios Económicos de la OCDE: Perú 2023. (p. 44)

Elaboración: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico - OCDE

7. Es necesario fortalecer y modernizar la Administración Tributaria con:
- a. Reforzar el capital humano
 - b. Mejorar los sistemas de información
 - c. Usar la tecnología avanzadas para obtener información
 - d. Mejorar y ampliar el registro de contribuyentes
 - e. Efectuar un sistema de verificación cruzada de información obtenida de diferentes fuentes.
 - f. Continuar y mejorar la facturación electrónica
 - g. Incorporar un registro tributario digital
 - h. Incorporar buenas prácticas tributarias en las regulaciones nacionales destinadas a la lucha contra la evasión y el fraude fiscal nacional e internacional.
8. En el Perú existen muchos regímenes tributarios para las rentas empresariales, esto ha contribuido a una menor recaudación, una elevada evasión del impuesto, un alto grado de informalidad y una baja productividad. Actualmente, existen tres regímenes relativamente simplificados que están dirigidos a la micro y pequeñas empresas con sus propias categorías y cargas fiscales en función al tamaño de la empresa. Estos regímenes especiales abarcan a 1,2 millones de contribuyentes que representa el 92% del total de contribuyentes cuyo aporte fiscal es apenas el 0.3% del PBI. Si bien estos regímenes tributarios buscan simplificar y disminuir los costos para el cumplimiento de las obligaciones tributarias y lograr la formalización de las

micro y pequeñas empresas; sin embargo, esto ha traído un efecto contrario, como la subdivisión artificial de las empresas, evasión fiscal, baja productividad, alta informalidad y poco incentivo para crecer.

Tabla N° 1. REGÍMENES TRIBUTARIO DEL IMPUESTO A AL RENTA EMPRESARIAL EN EL PERÚ

Régimen	Cobertura	Umbral	Pago	Obligaciones contables	Otros
Nuevo Régimen Único Simplificado (NRUS).	Personas físicas que venden mercancías o servicios a consumidores finales.	Ingresos brutos o adquisiciones inferiores a 60.000 PEN o 96.000 PEN anuales (según la categoría), lo que equivale a 2,5 y 4,0 veces el PIB per cápita.	El impuesto corporativo y el IGV como una tasa única basada en los ingresos y las adquisiciones. 20 o 50 PEN (5-13 USD) mensuales.	Ninguna.	Sólo pago mensual. Sólo emite recibos de pago, no emite facturas a efectos del IGV.
Régimen Especial del Impuesto a la Renta (RER).	Personas físicas o jurídicas dedicadas a actividades extractivas, industriales, comerciales, de servicios o agrícolas.	Ingresos netos anuales o compras de hasta 525.000 PEN (142.000 USD), que equivale a 21,7 veces el PIB per cápita.	Pago del 1,5% de los ingresos netos e IGV.	Sólo registros de compras y ventas.	Declaración mensual. Los costos y gastos empresariales, incluyendo nóminas, no se deducen.
Régimen MYPE Tributario (RMT).	Personas físicas o jurídicas.	Ingresos netos anuales inferiores a 1.700 Unidades Impositivas Tributarias o UIT (7,8 millones de PEN), equivalentes a 294,7 veces el PIB per cápita.	10% para las 15 primeras UIT de ingresos netos; 29,5% para las adicionales hasta 1.700 UIT e IGV.	Registros de compras y ventas, libro diario, libro mayor, libro de inventarios y balances.	Declaración mensual y anual.
Régimen general (RG).	Todo.	Todo.	29,5% sobre los beneficios e IGV.	Registros de compras y ventas, libro diario, libro mayor, libro de inventarios y balances.	Declaración mensual y anual.

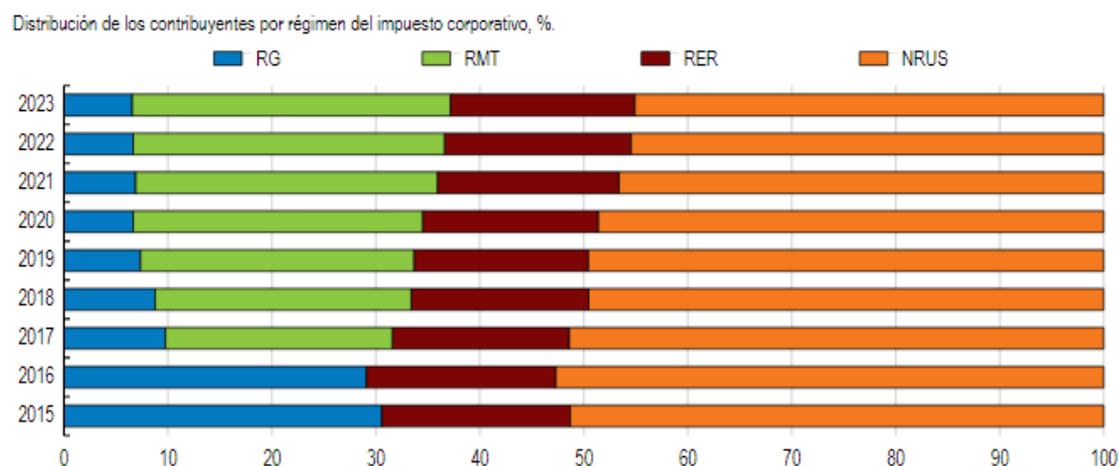
Fuente: Estudios Económicos de la OCDE: Perú 2023. (p. 45)

Elaboración: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico - OCDE

Comentario: El Perú debe racionalizar los regímenes tributarios del impuesto a la renta empresarial y evitar que las grandes empresas que deberían estar en el régimen general se trasladen a un régimen menor eludiendo el pago de impuestos. Por su parte, los regímenes de menor carga fiscal deben incentivar a las empresas informales a formalizarse y a las empresas

formales a crecer para incorporarse progresivamente a un régimen general. Las buenas prácticas de la OCDE recomiendan que estos regímenes para las pequeñas empresas deben ser uno o, por lo menos dos.

Gráfico N° 6. REGÍMENES TRIBUTARIOS DEL IMPUESTO A LA RENTA EN EL PERÚ.



Nota: El RG es el régimen general, el NRUS es el régimen para microempresas y autónomos, mientras que el RMT y el RER son los dos regímenes intermedios para pymes. Véase en el cuadro 1.4 una descripción de los regímenes.

Fuente: Secretaría de la OCDE a partir de datos de la Sunat.

StatLink <https://stat.link/tk1lh4>

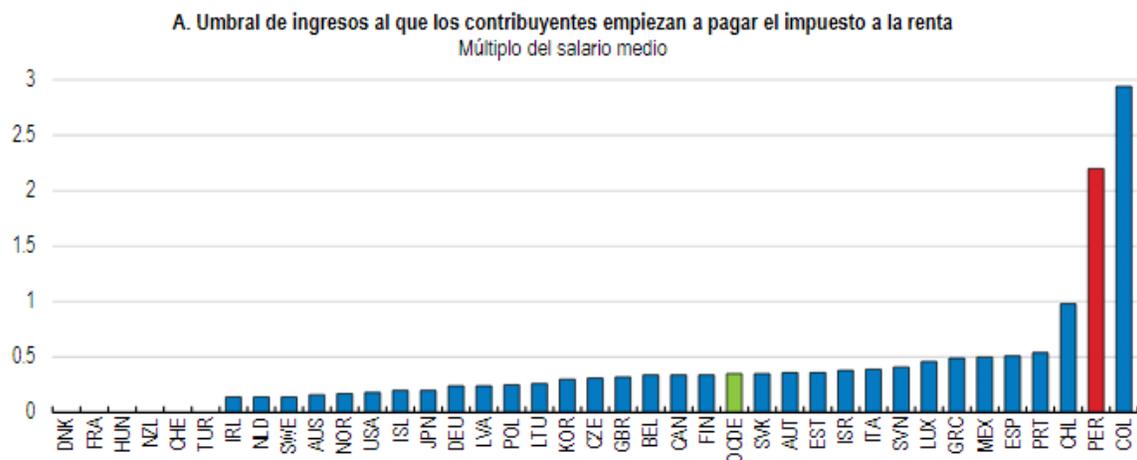
Fuente: Estudios Económicos de la OCDE: Perú 2023. (p. 46)

Elaboración: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico - OCDE

Comentario: se puede visualizar como los regímenes tributarios para el impuesto a la renta empresarial a segmentado a las empresas en los numerosos regímenes. Desde el 2017 en que entra en vigencia el Régimen Mype Tributario (RMT), las empresas del Régimen General que pagan mayor impuesto a la renta se trasladaron al RMT para pagar menos impuestos.

9. Hay una bajísima recaudación del impuesto a la renta de las personas naturales, lo cual significa 4 veces menor a la tasa media de los países de la OCDE. Hay un gran potencial para que el Perú incorpore a más personas a pagar el Impuesto a la Renta aplicando umbrales no tan altos, sino reducirlos para que más personas aporten al fisco de una manera gradual con tasas progresivas.

Gráfico N° 7. UMBRAL DE INGRESOS PARA EL PAGO DEL IMPUESTO A LA RENTA EN EL PERÚ.

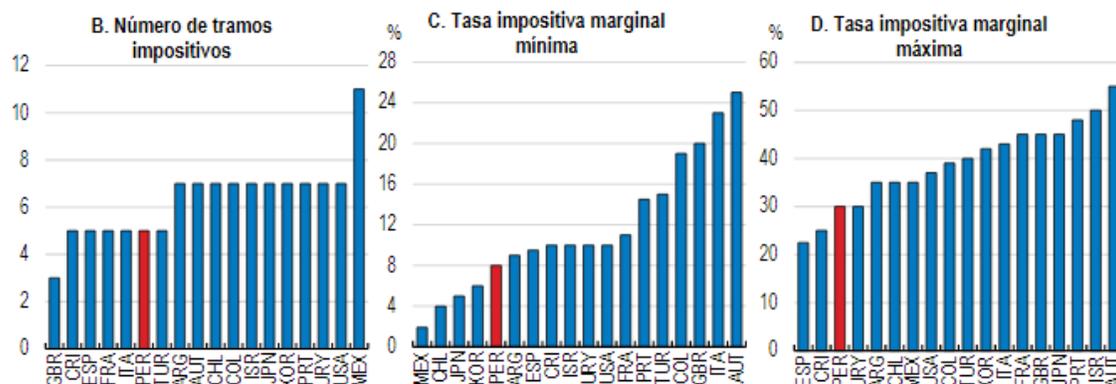


Fuente: Estudios Económicos de la OCDE: Perú 2023. (p. 47)

Elaboración: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico - OCDE

Comentario: El Perú es uno de los países que tiene uno de los umbrales más altos para gravar el salario de las personas naturales con el Impuesto a la Renta, es decir, que deben ganar más de 7 UIT para pagar impuesto a la renta. Mientras que otros países de la OCDE tienen umbrales más bajos lo cual le permite incluir a más personas a la base tributaria y tener mayor recaudación.

Gráfico N° 8. TASAS IMPOSITIVAS DEL IMPUESTO A LA RENTA EN EL PERÚ



Nota: Los cálculos para Perú se basan en un ingreso laboral medio mensual de 1.327,5 PEN a nivel nacional en 2021. El umbral para empezar a pagar el impuesto sobre la renta de las personas físicas es de 34.650 PEN anuales.
Fuente: INEI y OCDE, Impuestos sobre los salarios 2021, disponible en <https://doi.org/10.1787/83a87978-en>.

StatLin <https://stat.link/yk89jx>

Fuente: Estudios Económicos de la OCDE: Perú 2023. (p. 47)

Elaboración: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico - OCDE

Comentario: El Perú tiene 5 escalas progresivas de impuesto a la renta para los trabajadores formales, el rango mínimo es de 8% y el rango máximo es de 30% de las rentas gravadas.

10. Existe una baja recaudación con respecto al impuesto a la propiedad y ello se debe a que no existe un catastro completo y actualizado. Asimismo, las tasaciones de la propiedad inmobiliaria están por debajo del 200 y 300% del valor real del mercado lo que reduce significativamente la recaudación de las Municipalidades. Se debe actualizar el catastro de las Municipalidades de manera progresiva a nivel nacional para que los Gobiernos Locales tengan mayores ingresos por este tributo.

Estos son, en general, los hallazgos y recomendaciones que, en materia tributaria, ha concluido la OCDE en el Estudio Económico realizado en setiembre de 2023. Como podemos señalar, hay importantes hallazgos y recomendaciones de la OCDE con respecto a la recaudación tributaria que, conforme a las mejores prácticas de OCDE, se tienen que implementar políticas que conlleven a reformas que busquen incrementar la recaudación tributaria luchando contra la evasión y elusión de impuestos tanto de las personas como de las empresas a fin de atender y mejorar los servicios públicos y llegar a los estándares internacionales de desarrollo económico que plantea la OCDE.

TABLA N° 2. HALLAZGOS Y RECOMENDACIONES DE LA OCDE 2023

PRINCIPALES HALLAZGOS	PRINCIPALES RECOMENDACIONES
Recalibrar las políticas macroeconómicas y reformar el sistema tributario	
La inflación general y subyacente, y las expectativas de inflación en un horizonte de 12 meses están disminuyendo, pero siguen elevadas y superan el objetivo de inflación.	Mantener una política monetaria restrictiva para que la inflación vuelva a situarse de forma sostenible en el objetivo.
La deuda pública ha aumentado. La economía se ha recuperado de la recesión provocada por la pandemia, pero últimamente se ha ralentizado en un contexto de conflictos sociales.	La política fiscal debe apoyar la política monetaria en la lucha contra la inflación. Mantener el ritmo de consolidación fiscal en línea con los planes fiscales actuales y restablecer colchones fiscales.
La recaudación tributaria equivale actualmente al 17% del PIB y es insuficiente para lograr mejoras sustanciales en protección social y servicios públicos, como la sanidad y la educación, así como para conseguir un crecimiento más inclusivo y sostenible. Las deficiencias en la recaudación de impuestos provocan pérdidas anuales de ingresos superiores al 5% del PIB.	Reforzar la administración tributaria y reducir la evasión fiscal mediante un mayor uso de tecnologías de la información y la verificación cruzada de información entre distintas fuentes.
La existencia de múltiples y complejos regímenes tributarios ha contribuido a una baja recaudación tributaria corporativa, a un alto grado de informalidad y a una baja productividad.	Racionalizar los regímenes de tributación corporativa para las pequeñas empresas mediante la fusión de los regímenes intermedios.
La descentralización fiscal es incompleta. El sistema adolece de una falta de delimitación clara de las funciones de gasto entre el gobierno nacional y los subnacionales y de un sistema de financiación de las administraciones públicas subnacionales que provoca distorsiones, lo que, en última instancia, agrava las desigualdades regionales.	Clarificar las responsabilidades de gasto de cada nivel de gobierno. Llevar a cabo una reforma integral de las finanzas de los gobiernos subnacionales que incluya la concesión gradual de más competencias tributarias a nivel regional.

Fuente: Estudios Económicos de la OCDE: Perú 2023. (p. 17)

Elaboración: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico - OCDE

TABLA N° 3. IMPACTO FISCAL ILUSTRATIVO A LARGO PLAZO DE LAS RECOMENDACIONES DE LA OCDE.

Cuadro 1.5. Impacto fiscal ilustrativo a largo plazo de las recomendaciones

Recomendación	Impacto estimado en el balance fiscal
Mejorar la recaudación y la administración de impuestos	+2,3% del PIB
Reducir los gastos tributarios	+1,0% del PIB
Incorporar a más personas al impuesto a la renta, por ejemplo, rebajando el umbral mínimo y aplicando tasas más progresivas.	+1,0% del PIB
Actualizar y completar el catastro	+0,9% del PIB
Fusionar los regímenes tributarios intermedios de las pequeñas y medianas empresas	+0,3% del PIB
Adoptar un paquete de reformas de la protección social como el descrito en el Capítulo 3, que incluya:	
- Un programa de transferencias monetarias para pobres y desempleados	-1,1% del PIB
- Una prestación de pensión universal	-1,5% del PIB
- Cobertura universal de servicios sanitarios de alta calidad	-1,2% del PIB
Mejorar la calidad de la educación a través de la capacitación de maestros	-0,6% del PIB
Reformas institucionales, incluyendo el servicio civil, la lucha contra la corrupción, competencia y regulación	-0,3% del PIB
Aumentar los recursos dedicados a la lucha contra la deforestación	-0,2% del PIB
Cambio neto en el balance fiscal	+0,6% del PIB

Nota: Este ejercicio tiene como objetivo ilustrar posibles medidas a través de las cuales Perú podría recaudar ingresos tributarios y asignarlos a propósitos específicos. Es importante señalar que estas sugerencias no sirven como una lista de recomendaciones a implementar. La determinación final de las estimaciones de gasto dependerá del tipo específico de reforma que se lleve a cabo. Los impactos fiscales estimados se calculan partiendo de los escenarios de referencia de la Figura 1.3 y la Figura 1.15.

Fuente: Estimaciones de la OCDE.

Fuente: Estudios Económicos de la OCDE: Perú 2023. (p. 51)

Elaboración: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico - OCDE

TABLA 4. REFORMA TRIBUTARIA RECOMENDADA POR LA OCDE

Reforma tributaria	
La recaudación tributaria equivale actualmente al 17% del PIB y es insuficiente para lograr mejoras sustanciales en protección social y servicios públicos, como la sanidad y la educación, así como para conseguir un crecimiento más inclusivo y sostenible. Las deficiencias en la recaudación de impuestos provocan pérdidas anuales de ingresos superiores al 5% del PIB.	Reforzar la administración tributaria y reducir la evasión fiscal mediante un mayor uso de tecnologías de la información, y la verificación cruzada de información procedente de distintas fuentes.
Los gastos tributarios contribuyen a la baja recaudación tributaria de Perú.	Realizar una evaluación exhaustiva de los gastos tributarios, manteniendo sólo aquellos que tengan un impacto positivo (y eficiente en términos de costos) sobre objetivos bien definidos de las políticas.
La baja recaudación del impuesto a la renta personal se debe a que son pocos los que pagan, lo que limita la redistribución. Hay un amplio margen para aumentar la progresividad.	Reducir el umbral de ingresos a partir del cual los contribuyentes empiezan a pagar impuestos a la renta, eliminando exenciones y reforzando la progresividad de las tasas impositivas.
La baja recaudación del impuesto que grava las propiedades se debe a la falta de un catastro y un sistema de tasación de la propiedad actualizados y completos.	Acelerar la actualización del catastro y ampliarlo a todas las municipalidades, elaborando también una serie de normas y procedimientos de tasación de la propiedad para su aplicación coherente en todo el país.
La existencia de múltiples y complejos regímenes tributarios ha contribuido a una baja recaudación tributaria corporativa, a un alto grado de informalidad y a una baja productividad.	Racionalizar los regímenes de tributación corporativa para las pequeñas empresas mediante la fusión de los regímenes intermedios.
La descentralización fiscal es incompleta. El sistema adolece de una falta de delimitación clara de las funciones de gasto entre el gobierno nacional y los subnacionales y de un sistema de financiación de las administraciones públicas subnacionales que provoca distorsiones, lo que, en última instancia, agrava las desigualdades regionales.	Clarificar las responsabilidades de gasto de cada nivel de gobierno. Llevar a cabo una reforma integral de las finanzas de los gobiernos subnacionales que incluya la cesión gradual de más competencias fiscales a las regiones. Mejorar aspectos del funcionamiento y el fomento de la equidad en las transferencias subnacionales, estableciendo y aplicando fórmulas claras y mensurables para la asignación de las transferencias, dando más peso a los indicadores sociales y a las necesidades de inversión, y reforzando los incentivos para prestar mejores servicios.

ESTUDIOS ECONÓMICOS DE LA OCDE: PERÚ 2023 © OCDE 2023

Fuente: Estudios Económicos de la OCDE: Perú 2023. (p. 57)

Elaboración: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico - OCDE

6.4. Convenio Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria. (CMAAMMT)

Con la finalidad de alinearse a los estándares internacionales y mejores prácticas de la OCDE, en el marco del proceso de adhesión del Perú a esta organización, el Perú en el 2017 suscribe el Convenio Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua que permitirá la transparencia de la información financiera y la colaboración entre la naciones para conocer el origen y el destino de

capitales que no han sido declarados en su país de origen para procurar el cumplimiento de obligaciones tributarias.

Esta Convención fue aprobada por los países miembros de la OCDE en 1988, entró en vigencia desde el 2011. El Perú la suscribe el 25 de octubre de 2017 y es aprobada por el Congreso de la República el 23 de mayo de 2018, ratificada mediante Decreto Supremo N°012-2018-RE y publicada el 18 de mayo de 2018.

La Convención tiene por objeto que los Estados partes se presten mutuamente asistencia administrativa de información relacionadas con asuntos tributarios con la finalidad de fortalecer la labor de fiscalización de las operaciones financieras transfronterizas y con ello combatir la evasión y elusión tributaria a nivel nacional e internacional. Este acuerdo regula: i) el intercambio de información a solicitud, incluyendo auditorías fiscales simultáneas y participación en auditorías en el extranjero; ii) la asistencia en el cobro, incluyendo el establecimiento de medidas cautelares; y, iii) la asistencia administrativa mediante la notificación o traslado de documentos.

Dentro de los estándares internacionales que recomienda la OCDE, este es un documento que, en la actualidad, cobra relevancia por tratarse de un Acuerdo muy completo e importante que permite el intercambio de información referida a operaciones financieras, fiscales y de las mismas Administraciones Tributarias con respecto a personas y empresas de 141 jurisdicciones que permitirá

procesar para fijar planes y estrategias de combate contra la evasión y el fraude fiscal a nivel internacional.

Ahora bien, la Convención está abierta para que cualquier país, sin ser necesariamente parte de la OCDE, pueda adherirse siguiendo los procedimientos de aprobación y ratificación de sus órganos gubernamentales según su legislación interna y luego, depositar el Acuerdo suscrito ante la Secretaría del Órgano de Coordinación de la OCDE que es el órgano internacional encargado de su regulación y administración.

La adhesión a la Convención permite que un Estado pueda plantear reservas de algunas disposiciones del documento que no entrarán en vigencia para el país suscriptor. El Perú ha formulado reservas en determinados temas de la Convención, por ejemplo, no aceptar las solicitudes de presencia física de los representantes del Estado Parte que requiere información, no prestar asistencia en relación a impuestos distintos al Impuesto a la Renta, Contribuciones a la Seguridad Social, Aportaciones a la ONP, IGV, ISC, ITF, ITAN. No prestar asistencia en materia de cobros de créditos tributarios o de multas administrativas de otros países, entre otros.

A continuación se muestra un cuadro de los Convenio suscritos por el Perú para el intercambio de información.

TABLA N°5. CONVENIOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR EL PERÚ PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN.

Convenios internacionales para intercambio de información suscritos por el Perú

País	Convenio	Fecha de firma	Fecha de ratificación	Entrada en vigor	Aplicable desde
Chile	CDI	08.06.2001		23.07.2003	01.01.2004
Protocolo 1		08.06.2001	16.01.2003		
Protocolo 2		25.06.2002			
Canadá	CDI	20.07.2001	04.02.2003	17.02.2003	01.01.2004
Protocolo		20.07.2001			
Brasil	CDI	17.02.2006	05.06.2008	14.08.2009	01.01.2010
Protocolo		17.02.2006			
Estados Unidos Mexicanos	CDI	27.04.2011	16.01.2014	19.02.2014	01.01.2015
Corea	CDI	10.05.2012	26.02.2014	03.03.2014	01.01.2015
Protocolo		10.05.2012			
Suiza	CDI	21.09.2012	28.02.2014	10.03.2014	01.01.2015
Protocolo		21.09.2012			
Portugal	CDI	19.11.2012	05.03.2014	12.04.2014	01.01.2015
Protocolo		19.11.2012			
Japón	CDI	18.11.2019	29.12.2020	29.01.2021	Retroactivamente
Protocolo					
Estados Unidos de América	AII	15.02.1990	-	31.03.1993	01.01.1994
Ecuador	AII	09.03.2002	13.08.2002	07.01.2003	01.01.2004
Adenda		22.10.2009			
Bolivia	Decisión	04.05.2004	-	-	01.01.2005
Colombia	578				
Ecuador	CAN				
141 Jurisdicciones	CAAMMF	25.10.2017	24.05.2018	01.09.2018	01.01.2019

- CDI: Convenio de Doble Imposición

- AII: Acuerdo de Intercambio de Información

Fuente: Tesis: Intercambio automático de información financiera y el secreto bancario.

Elaboración: Chávez Acero Vilma. Universidad de Lima. (2021, p. 11)

Comentario: de las 141 jurisdicciones que han suscrito la Convención, 11 de ellos no han depositado ante la Secretaría del Órgano de Coordinación de la OCDE el documento ratificado por sus respectivos gobiernos; por lo tanto, no se encuentra en vigor para dichas jurisdicciones y el Perú no puede intercambiar información. Como es el caso de EEUU por ejemplo.

6.5. Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria y su implementación en el TUO del Código Tributario.

Como parte de la implementación de las recomendaciones de la OCDE para alcanzar los estándares internacionales de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, se publicó el Decreto Legislativo N°1315 el 31 de diciembre de 2016 incorporando en el Código Tributario diversos artículos a fin de regular el intercambio de información entre las Administraciones Tributarias y las jurisdicciones de otros países.

Así, la norma incorpora en el Libro Segundo del Código Tributario el Título VII denominado “Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria” incorporando los artículos 102-A hasta 102-H en el que se regulan los aspectos, contenidos, condiciones y procedimientos para prestar dicha asistencia administrativa mutua con otras jurisdicciones.

Conforme al artículo 102-A del Código en mención, la asistencia administrativa tiene las siguientes formas:

- **6.5.1. Intercambio de información a solicitud.** Tiene que haber un requerimiento de información de un Estado a otro para que el Estado requerido cumpla con proporcionar la información conforme a las condiciones que se establecen. Esta modalidad de requerimiento aplica cuando el Estado que solicita la información haya agotado todos los instrumentos y gestiones

para que obtenga la información por sus propias acciones, de no lograrlo, recién podrá utilizar esta modalidad de manera suplementaria. En el pedido deberá indicar con precisión y claridad qué Estado solicita la información, el contenido y para qué propósitos fiscales lo requiere, la identificación de la persona, los periodos tributarios y la información de los tributos que se solicita. Claro está que tiene que tratarse de información autorizada por el Convenio.

- **6.5.2. Intercambio de información espontánea.** Esta modalidad de intercambiar información no requiere que sea solicitada por el otro Estado, sino que de manera voluntaria, las Administraciones Tributarias, al encontrar información durante un proceso de fiscalización, puede considerar que es de importancia y relevancia para el otro Estado por lo que decide compartirla. Ello generalmente ocurre cuando un Estado encuentra información de un hecho anómalo o sospechoso en su jurisdicción que pueda ser útil al otro Estado o afectar el ejercicio de la potestad tributaria o labor fiscalizadora del otro Estado por lo que procede a informar a la Administración Tributaria del otro Estado aun cuando no exista requerimiento previo.

- **6.5.3. Intercambio de información automática.** Un Estado entrega información inmediata al otro Estado utilizando la tecnología o cualquier otro medio electrónico que permita la entrega inmediata de información sin que medie la solicitud de un Estado. El envío de información es de manera sistemática y masiva referida a un determinado aspecto como por ejemplo la

información financiera de las operaciones bancarias de una persona o empresa. En estos casos la SUNAT comunica periódicamente ante la autoridad competente el contenido de información que deberá suministrar conforme a los convenios internacionales que se hayan suscrito. Esta modalidad de intercambio de información incluye información de las entidades del sistema financiero que están obligadas a suministrar información de manera periódica a la Administración y, por su puesto, implica el levantamiento del secreto bancario para acceder a determinadas operaciones financieras.

6.6. Acuerdo Multilateral de Autoridades Competentes para el Intercambio de Reporte País x País - Intercambio automático de información financiera.

Conforme al artículo 6 de la Convención de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, los Estados pueden intercambiar automáticamente información financiera; sin embargo, es necesario que los Estados, además, hayan suscrito un Acuerdo entre Autoridades Competentes en el que se precise de manera exacta el tipo de información que será intercambiada de manera automática; además, se debe precisar los periodos de intercambio, los plazos, el procedimiento que se seguirá, las condiciones y, sobre todo, los mecanismos de seguridad y confidencialidad relacionada con el reporte, los medios de transmisión y el uso que se dará a la información compartida.

El 09 de noviembre de 2018, el Perú ha tenido que suscribirse al Acuerdo Multilateral de Autoridades Competentes para el Intercambio de Reportes País por País (AMAC) (MCAA siglas en inglés) que tiene 45 jurisdicciones firmantes para el intercambio de información sobre cuentas financieras. Actualmente, el Perú está habilitado a intercambiar (enviar y recibir) información automática de 44 jurisdicciones; además, hay 5 jurisdicciones que sólo pueden remitir sus reportes pero no recibirán reportes por parte del Perú.

Con la suscripción de este Acuerdo Multilateral el Perú cumple con el Estándar Común de Reporte ECR o Common Reporting Standar (CRS, siglas en inglés) aprobada por la OCDE en julio de 2014 a iniciativa del G20 que exhortó a los países a intercambiar información de las entidades del sistema financiero. Este estándar CRS fija el tipo de información financiera que debe intercambiarse, las entidades financieras que están obligadas a tener que suministrar información, los tipos de cuentas, las personas naturales y jurídicas que se encuentran sujetos a ser informados por los bancos, asimismo, los procedimientos de diligencia común razonable que las empresas del sistema financiero deben cumplir para la entrega de información. (OCDE, 2017, Estándar CRS)

TABLA N° 6. Acuerdo Multilateral de Autoridades Competentes para el Intercambio de Reportes País x País

A la fecha, las 58 jurisdicciones que cuentan un MCAA vigente con el Perú son:

Andorra	Colombia	Alemania	Irlanda	Lituania	Nueva Zelanda	Seychelles	Reino Unido
Argentina	Croacia	Gibraltar	Isle of Man	Luxemburgo	Pakistan	Singapur	Uruguay
Australia	Cyprus	Grecia	Italia	Malasia	Panamá	República Eslovaquia	
Austria	Republica Checa	Guernsey	Japón	Malta	Polonia	Eslovenia	
Bélgica	Dinamarca	Hong Kong	Jersey	Mauricio	Portugal	África del Sur	
Brasil	Estonia	Islandia	Korea	México	Rusia	España	
Canadá	Finlandia	India	Latvia	Países Bajos	San Marino	Suecia	
Chile	Francia	Indonesia	Liechtenstein	Noruega	Arabia Saudita	Suiza	

Fuente: Tesis: Intercambio automático de información financiera y el secreto bancario. U. Lima.
Elaboración: Chávez Acero Vilma. Universidad de Lima. (2021, p. 11)

Comentario: A la fecha del 20 agosto de 2020, 58 jurisdicciones han suscrito el Acuerdo MCAA (siglas en inglés) y que pueden intercambiar información automática de reporte País por País.

6.7. La Comunidad Andina de Naciones – CAN y la Decisión 578 sobre el intercambio de información.

El artículo 19 de la Decisión 578 de la Comunidad Andina de Naciones – CAN referida al Régimen para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal entre los países Miembros de la Comunidad (Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia) establece determinadas reglas para la colaboración y consultas de información entre las Administraciones Tributarias de cada país miembro.

A través de las autoridades competentes de cada país miembro del acuerdo comunitario pueden realizar consultas entre sí para intercambiar información necesaria que les permita conocer las operaciones comerciales, negocios, contratos y demás actividades de relevancia para absolver dudas y/o dificultades que se presenten en territorio de estos países aludidos y, al mismo tiempo les sirva de fundamento para definir la situación u obligaciones tributarias que correspondan conforme al control administrativo que ejerce cada jurisdicción para así evitar el fraude y la evasión tributaria dentro del marco de las disposiciones que prevé la aplicación de la Decisión 578.

En este Acuerdo Comunitario se le faculta a las autoridades competentes de cada país a comunicarse directamente entre sí mismas para coordinar auditorías simultáneas con la finalidad de obtener la información necesaria que permita el control tributario en el tráfico comercial realizado entre estos países. Asimismo, cabe mencionar que la información que llegue a intercambiarse en cumplimiento de estas disposiciones tiene carácter de secreto y deberá guardar las medidas de seguridad para que no se transmita a personas o sujetos distintos a las autoridades encargadas de la administración tributaria.

Por último, es preciso señalar que la aplicación de este artículo tiene algunas limitaciones referidas a que no se puede obligar a ningún país miembro a tener que suministrar información adoptando medidas administrativas contrarias a su legislación o suministrar información que revele secretos comerciales, profesionales, industriales o que sea contraria al orden público; sin embargo,

pese a estas limitaciones, el Acuerdo no contempla como limitación el secreto bancario; por lo tanto, un país miembro de la CAN estaría obligado a intercambiar información de índole financiera con la Administración de otro país de la Comunidad sin que se justifique su negativa a proporcionarlo alegando la confidencialidad del secreto bancario.

6.8. Los Convenios para Evitar la Doble Imposición - CDI

Los Convenios para Evitar la Doble Imposición – CDI son acuerdos bilaterales entre dos países y que tienen el carácter de Tratado Internacional y, por lo tanto, están sujetos a las normas de Derecho Internacional regidos por los principios de la Convención de Viena. Estos acuerdos para evitar la doble imposición tienen como finalidad evitar una doble carga tributaria de un mismo impuesto en dos países diferentes que se consideran tener jurisdicción en un mismo hecho gravado.

Una persona natural o persona jurídica que obtiene renta en el territorio de un país extranjero o en el que no tiene residencia se ve gravado con el impuesto a la renta por dos soberanías que se superponen entre sí, ya que, conforme a la legislación de cada país, por un lado, el país de residencia y, por otro lado, el país de la fuente, en ambos países le corresponderá tributar. Este doble gravamen definitivamente afecta el tráfico de los negocios internacionales, porque hay un doble costo tributario para el contribuyente, además, de las obligaciones administrativas y formales que ello implica y que, sin duda, incide

de manera sustancial en la rentabilidad del negocio. Por ello, nace la iniciativa de los Estados en celebrar acuerdos bilaterales o comunitarios fijando reglas específicas aplicables a los casos de rentas internacionales obtenidas por personas naturales o empresas que realizan negocios o invierten fuera de su país; estos acuerdos están orientados a evitar esta doble imposición que afecta a los inversionistas y, por ende, al flujo de inversiones de cada país.

Sin embargo, también hay que tener en cuenta que si bien los CDI tienen como objeto principal evitar la doble carga fiscal, estos instrumentos jurídicos actualmente también sirven para luchar contra la evasión y el fraude fiscal a través de mecanismos de intercambio de información pactadas entre los estados firmantes. Actualmente, los Estados celebran estos convenios y acuerdan una cláusula especial por el cual fijan mecanismos de intercambio de información entre sus respectivas administraciones tributarias. Ahora, los CDIs se celebran sobre los modelos de convenio de la OCDE que, además de establecer reglas para evitar la doble, se extienden a contemplar reglas para los Estados firmantes a tener que intercambiar información tributaria, financiera, comercial, entre otros, que tengan como propósito la lucha contra la evasión y elusión tributaria.

Para efectos de este último objetivo, es decir, la lucha contra la evasión y el fraude fiscal, los referidos convenios cuentan con una cláusula especial que regula el mecanismo de intercambio de información entre las administraciones tributarias. Por lo general, la gran mayoría de los Convenios de Doble Imposición se han celebrado siguiendo el Modelo

de Convenio OCDE o el Modelo de la ONU, ambos modelos regulan en la cláusula 26° precisamente el mecanismo de intercambio de información, siendo más antiguo el modelo de la OCDE. Si bien originalmente, la cláusula de intercambio regulada en estos convenios tenía como propósito servir a los fines del convenio, es decir, evitar que se produzcan situaciones de doble imposición, progresivamente este objetivo se fue ampliando a efectos de incorporar la lucha contra la evasión y el fraude fiscal. (Valdez, 2014, p. 422)

Como ya lo hemos mencionado, el Perú tiene suscrito en la Comunidad Andina de Naciones – CAN la Decisión 578 que establece el Régimen para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal entre los países de Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia; pero además, actualmente tiene celebrado los siguientes convenios CDI:

TABLA N° 7. CDI suscritos por el Perú que a la fecha se encuentran en vigor.

Nombre del Convenio	Fecha de aplicación
Convención para Homologar el Tratamiento Impositivo previsto en los Convenios para Evitar la Doble Imposición suscritos entre los Estados Parte del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico	Desde el 1 de enero de 2024
Convenio con Chile	Desde el 1 de enero de 2004
Convenio con Canadá	Desde el 1 de enero de 2004
Convenio con la Comunidad Andina	Desde el 1 de enero de 2005
Convenio con Brasil	Desde el 1 de enero de 2010
Convenio con los Estados Unidos Mexicanos	Desde el 1 de enero de 2015
Convenio con la República de Corea	Desde el 1 de enero de 2015
Convenio con la Confederación Suiza	Desde 1 de enero de 2015
Convenio con la República de Portugal	Desde el 1 de enero de 2015
Convenio con Japón	desde el primero de enero de 2022, salvo el artículo 26 (intercambio de información) que es aplicable desde el 29 de enero de 2021

Fuente: Gobierno del Perú. Ministerio de Economía y Finanzas - MEF (febrero de 2024)
https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&view=article&id=302&Itemid=100878
 Elaboración: propia.

6.9. Legislación comparada

6.9.1. Alemania.

En el texto constitucional alemán no se regula expresamente el secreto bancario como derecho fundamental, el artículo 10 de la Ley Básica de la República Federal Alemana reconoce como derecho fundamental la privacidad de las cartas, las telecomunicaciones y el secreto postal.

El Código Tributario alemán faculta a la Administración Fiscal a solicitar los datos personales de sus contribuyentes sin que haya de por medio un procedimiento o autorización previo, siempre que estén referidas a la labor de verificación y fiscalización de las obligaciones tributarias y prime el interés público. La ley obliga a la Administración a garantizar la seguridad relacionada con la información suministrada.

En el 2017, Alemania aprobó la Ley de lucha contra la Evasión Fiscal y en ella se dejó sin efecto el secreto bancario que restringía el acceso a la información financiera solicitada por la autoridad fiscal, a partir de dicha norma, el Estado alemán tiene acceso, a través de la Administración Tributaria, a la información de manera directa y sin que haya restricciones en cuanto a las operaciones pasivas de las personas.

6.9.2 Bélgica.

La Constitución de Bélgica no hace referencia expresa al secreto bancario, pero sí establece el derecho a la vida privada y familiar. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Belga en la sentencia N° 39/2013 de marzo de 2013 señala que este derecho no es absoluto y que, bajo el entendido que el secreto bancario se encuentra dentro de los alcances del derecho a la vida privada, la Administración Tributaria tiene la facultad de requerir información a las entidades bancarias con respecto a los contribuyentes siempre que se hallen indicios de defraudación tributaria o se necesite este tipo de información financiera para la liquidación de la deuda tributaria.

El Código del Impuesto a la Renta de Bélgica establece que el secreto bancario queda levantado a requerimiento de la Administración Tributaria cuando necesite información que le permita esclarecer aspectos referidos a la evasión o fraude tributario o cuando la persona se encuentre incurso en un procedimiento de investigación tributaria para la determinación de su deuda. El Ministerio de Hacienda a través de un Inspector puede requerir información a los establecimientos bancarios para conocer los ingresos y movimientos de las cuentas de una persona. Se procederá a interponer una solicitud formal ante el banco cuando el contribuyente, en principio, haya negado la entrega de información de manera directa y voluntaria ante el requerimiento de información.

Asimismo, en la legislación de Bélgica se ha previsto la entrega directa espontánea de determinada información por parte de los bancos relacionada con las cuentas bancarias, titulares, contratos bancarios al Banco Nacional de Bélgica y cuando la Administración Tributaria necesite dicha información también podrá solicitarla a dicho banco para sus fines de fiscalización tributaria.

6.9.3 España.

En la Constitución española de 1978 tampoco hay referencia expresa al secreto bancario. Ha sido el Tribunal Constitucional (1984) de ese país que en la sentencia N°110 ha reconocido el secreto bancario como parte del derecho a la intimidad de la persona, derecho que se encuentra recogido en el inciso 1 del artículo 18 del texto constitucional.

La Ley 10/2014, Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito, en su artículo 83 dispone que las entidades del sistema financiero están obligadas a guardar confidencialidad de las operaciones, transacciones, movimientos de las cuentas de sus clientes sin que sean reveladas a terceros. Sin embargo, esta reserva tiene excepciones, en principio, si es el mismo interesado quien autoriza a que dicha información sea divulgada a terceros o cuando haya requerimientos de las autoridades dentro del marco de procesos o investigaciones para la persecución de los delitos de blanqueo de capitales o financiamiento del terrorismo.

Por su parte el artículo 93 de la Ley General de Tributación dispone que toda persona natural o jurídica, pública o privada, se encuentra obligada a entregar a la Administración Tributaria toda la información que esté relacionada con aspectos económicos, profesionales, financiero, contractuales, siempre que sea de relevancia tributaria. Incluso, esta obligación alcanza a los bancos que tienen en su poder información financiera de sus clientes referida a operaciones, cuentas, movimientos, depósitos, transferencias, etc. deben ser proporcionada a la Administración Tributaria cuando esta sea requerida y no es procedente denegar dicha información bajo la justificación del secreto bancario.

El Tribunal Constitucional (1984) español ha señalado que no hay derecho absoluto y que si bien el secreto bancario se encuentra dentro del derecho a la intimidad de la persona pero este no es un derecho ilimitado. El Estado tiene

derecho a saber sobre información relacionada al movimiento de las cuentas bancarias de los contribuyentes y no ampararse bajo la justificación del secreto bancario porque hay también bienes constitucionales válidamente protegidos como la distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos. Por tanto, las operaciones pasivas pueden revelar conductas evasivas de impuestos retirando o transfiriendo grandes cantidades de dinero sin que se explique las razones lo cual denota poca o casi nada de transparencia y ello merece la intervención del fisco.

6.9.4. Suiza.

La Constitución Federal de la Confederación Suiza (1999) no reconoce expresamente el derecho bancario pero sí el derecho a la privacidad de la persona. El secreto bancario si se encuentra reconocido en la Ley Federal de Bancos como un deber de guardar confidencialidad de las operaciones con sus clientes sancionando con pena privativa de la libertad hasta con tres años para toda persona, funcionario que, por el desempeño de sus funciones, tenga acceso a la información de los clientes y lo haya revelado de manera intencional a terceros o para intereses propios o haya inducido a violar la confidencialidad del secreto bancario; las penas pueden alcanzar hasta los 5 años de probarse alguna agravante.

Sin embargo, esta protección del secreteo bancario queda limitado por disposiciones federales o cantonales cuando haya de por medio el requerimiento de una autoridad competente que exija información financiera o cualquier prueba

de operaciones pasivas de los clientes de un banco. Asimismo también el secreto bancario es levantado por una autoridad judicial dentro de un procedimiento determinado en materia civil, penal o de fraude tributario.

Asimismo, también es importante tener en cuenta que el secreto bancario en Suiza ha sido uno de los más férreos en el mundo y que le ha servido al estado Suizo para atraer inversión de grandes capitales a fin de convertirse en un centro financiero importante; pero esa defensa cerrada al secreto bancario ha ido cediendo ante las presiones de los países de la Unión Europea que han establecido fuertes políticas para combatir la evasión y elusión fiscal; asimismo, EEUU también ha sancionado con multas millonarias a los bancos Suizos constituidos en territorio americano lo cual ha hecho que el gobierno suizo dicte medidas para flexibilizar el secreto bancario y permitir su levantamiento a fin que las autoridades de los países europeos y del mismo EEUU tengan acceso a la información financiera de las operaciones pasivas de importantes clientes de bancos suizos pero solo para fines fiscales, aunque también la finalidad se ha ampliado a perseguir la criminalidad de delitos económicos.

6.9.5. Estados Unidos.

La Cuarta Enmienda en la Constitución de los Estados Unidos (1789) protege el derecho a la seguridad de las personas, su domicilio y documentos. Esta disposición es el fundamento para la Ley sobre el Derecho a la Privacidad Financiera “Rigth to Financial Provcy Act” que protege los registros financieros y bancarios de las personas.

Esta ley prohíbe a toda autoridad del gobierno a requerir información financiera de las entidades bancarias con respecto a cualquier persona salvo que se encuentre debidamente justificada en causas razonables o el mismo cliente haya autorizado su divulgación. Para el requerimiento de información es necesario que se le haya notificado al cliente del banco.

Sin embargo, la ley también establece excepciones a la protección del secreto bancario y autoriza a la Internal Revenue Service IRS el Servicio de Ingresos Internos de la Oficina del Departamento del Tesoro a requerir información directa a las empresas bancarias sin que haya previa notificación al cliente. Por otro lado, la Ley de Información y Divisas sobre Transacciones Extranjeras “The Currency and Foreign Transactions Reporting Act”, conocida como ley del Secreto Bancario “Bank Secret Act” autorizan a las agencias gubernamentales a exigir, sin procedimiento previo, el suministro inmediato de información financiera específica con relación a una persona o entidad determinada cuando se trata de una investigación judicial, fiscal, inteligencia americana o de lucha contra el terrorismo internacional.

6.9.6. Brasil.

El secreto bancario no tiene una referencia expresa en la Constitución de la República Federal de Brasil; sin embargo, este derecho puede interpretarse a partir del inciso X y XII del artículo 5 de la Constitución que reconocen, por un

lado el derecho a la intimidad y a la vida privada y, por otro lado, el derecho al secreto de los datos, la correspondencia y las comunicaciones respectivamente.

El secreto bancario, en la legislación brasileña se encuentra recogido en la Ley Complementaria 105/01. 2001, Ley del Sigillo de las operaciones bancarias que obliga a las entidades bancarias a guardar confidencialidad de las operaciones activas y pasivas realizadas con sus clientes.

Esta misma ley, en su artículo 5, faculta al Poder Ejecutivo a reglamentar los lineamientos por el cual la Secretaría de Ingresos Federales de Brasil podrá requerir la entrega directa de información por parte de las entidades bancarias; la información que se tenga que reportar es limitada porque solamente se circunscribe a la titularidad de las operaciones y la cantidad global que se tiene mensualmente en las mismas.

Por otro lado, esta misma ley, también faculta a la autoridad tributaria de dicho país a requerir información complementaria directamente a las entidades financieras del país siempre que hubiese un procedimiento administrativo o un procedimiento de verificación tributaria en curso y, en tanto, que la información que se vaya a obtener sea relevante para la liquidación del adeudo.

Por su parte, el Código Tributario Nacional (Ley 5172, 1966, artículo 197) dispone que la autoridad tributaria de Brasil podrá citar a los representantes de las entidades financieras para requerirles la entrega directa de información

relacionada con los bienes, negocios o actividades con terceros que le permita a la administración desarrollar con mayor eficiencia sus labores de fiscalización.

6.9.7. Argentina.

La Constitución de la Nación Argentina no consagra dentro de sus derechos fundamentales el derecho al secreto bancario. Es la Ley de Entidades Financieras (Ley 21526) que en sus artículos 39 y 40 dispone que las entidades bancarias no podrán revelar información sobre las operaciones pasivas con sus clientes salvo que haya un pedido expreso de un juez que investigue una causa determinada, o del Banco Central de Reserva de Argentina y de las entidades administrativas de recaudación de impuestos nacionales, provinciales y municipales.

La información de las operaciones pasivas para fines tributarios será requerida directamente, sin que medie autorización judicial, por la Dirección General Impositiva (DGI) que se encuentra adscrita a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), que es el órgano de Administración Tributaria equivalente a la SUNAT. Cuando la DGI requiera información financiera de las personas no hay un requisito o procedimiento previo para solicitarla a los bancos más que una solicitud formal y debidamente fundada en tres supuestos: i) debe determinarse claramente la persona de quien se requiera información, ii) la persona de quien se requiere información debe encontrarse dentro de un procedimiento de verificación impositiva; y, iii) el requerimiento debe ser previo y formal.

6.9.8. Uruguay.

En la Constitución de la república Oriental del Uruguay (1967) se hace referencia de manera general a los derechos inherentes de la persona humana señalando que los derechos reconocidos en el texto constitucional no excluye a los demás derechos que le son inherentes a la persona. No hay una referencia expresa al secreto bancario pero éste encuentra su fundamento en esta disposición prevista en el artículo 72 de la Constitución.

El reconocimiento al secreto bancario se encuentra previsto en el artículo 25 del Decreto Ley 15322 (Ley del Sistema de Intermediación Financiera, 1982). En esta norma se dispone que las empresas del sistema financiero no podrán revelar información referida a los fondos de las cuentas bancarias de sus clientes ni tampoco información específica relacionada con la titularidad de las cuentas. Este tipo de información se encuentra protegidos por el secreto profesional y que solo puede ser revelado si es que lo autoriza el propio cliente o existe una autorización motivada del juez. Su incumplimiento genera una sanción de pena privativa de la libertad de hasta 3 años.

En materia tributaria, la Ley de Reforma Tributaria (Ley 18083, 2006) establece que la Administración Tributaria de ese país puede acceder a la información financiera de los contribuyentes en dos supuestos: El primero de ellos está referido a la presentación de una denuncia por defraudación tributaria, para lo cual Administración Tributaria deberá requerir la información a través de un Juez

Penal. El segundo supuesto está referido a las labores de fiscalización que debe llevar a cabo la Administración Tributaria denominada Dirección General impositiva y, en caso necesite información de las entidades financieras, deberá solicitar una autorización del Juez Civil. Para este caso, previamente se notificará al contribuyente a fin que, en principio, de manera voluntaria suministre información, en caso no lo haga, será requerida vía judicial.

6.9.9 Colombia.

La regulación en la legislación colombiana sobre el secreto bancario no tiene una referencia expresa en la Constitución pero sí reconoce el derecho a la intimidad personal; asimismo, establece que toda persona tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar cualquier información sobre su persona en las entidades públicas o privadas. Del mismo modo, el artículo 15 del texto constitucional de Colombia señala que el Estado puede exigir la presentación de los libros de contabilidad y demás documentos privados para fines judiciales y/o efectos tributarios así como para la inspección, vigilancia e intervención estatal.

Por su parte, el artículo 72 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de Colombia (Decreto Ley 663, 1993) establece que todas las entidades reguladas por la Superintendencia del Sistema Financiero de Colombia y sus trabajadores y funcionarios así como las autoridades del fisco se encuentran obligadas a no usar indebidamente o divulgar información financiera de las personas.

Asimismo, el artículo 102 de este mismo Estatuto obliga a las empresas del sistema financiero a adoptar mecanismos de control para evitar que el sistema financiero sea utilizado con fines de ocultamiento de actividades ilícitas o para dar apariencia de legalidad a cualquier acto indebido. Incluso obliga a reportar inmediatamente a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) las actividades financieras sospechosas.

Las instituciones financieras colombianas están obligadas a suministrar información de sus clientes a pedido de la UIAF y de la Fiscalía General de la Nación, los funcionarios obligados a entregarla deben guardar las reservas y custodia bajo responsabilidad administrativa y penal. Por su parte, el artículo 631 del Estatuto Tributario Nacional de Colombia (Decreto 624, 1989) establece que la Dirección de Impuestos Nacionales puede requerir información a cualquier persona y/o entidades públicas o privadas para la verificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias.

La Corte Constitucional de Colombia (2003), en relación a la reserva bancaria, ha señalado en la Sentencia T-440, que tiene su sustento constitucional en el derecho a la intimidad personal; asimismo, refiere que la reserva bancaria es el deber jurídico que obliga a las instituciones financieras, organismos auxiliares y a sus empleados a no revelar información que le llega a su conocimiento por razones de su función. Sin embargo, este derecho no es absoluto sino que tiene excepciones en razón del interés público o para la protección de otros derechos.

6.9.10. Chile.

Conforme a la Constitución Política de la República de Chile, Texto Refundido Coordinado y Sistematizado, en el inciso 5 de su artículo 19 establece que la Constitución garantiza la inviolabilidad del hogar, la privacidad de las comunicaciones y de los documentos personales, su interceptación y registro se realizará conforme a los mandatos de la ley. No hay referencia expresa al secreto bancario.

La Ley General de Bancos de la República de Chile regula dos aspectos vinculados a este derecho: el secreto bancario y la reserva bancaria. En primer lugar, la ley señala que las operaciones de depósitos y captaciones de dinero recibidas por los bancos se encuentran protegidas por el secreto bancario y las entidades no podrán revelarla sino sólo a su titular o su representante, quien infrinja esta obligación será sancionado con pena de reclusión.

Las demás operaciones pasivas que no se encuentran protegidas por el secreto bancario quedan sujetas a la reserva bancaria y los bancos tienen la facultad de revelar dicha información solo a quien demuestre legítimo interés garantizando que no se ocasione un daño patrimonial a su titular.

En materia tributaria, según dispone el artículo 62 del Código Tributario chileno, la Justicia Ordinaria y los Tribunales Tributarios y Aduaneros tienen competencia para autorizar el acceso a la información de las operaciones pasivas protegidas por el secreto bancario y la reserva bancaria siempre que se trate de procesos

por delitos referidos al cumplimiento de obligaciones tributarias o dentro del marco de las labores de fiscalización que realice la Administración Tributaria de Chile en la verificación y corroboración de las declaraciones de impuestos; así como también cuando se trate de suministrar información requeridas por otro país en cumplimiento de los acuerdos internacionales.

Un opción que regula la legislación chilena para que la Administración Tributaria acceda a la información financiera está referida al envío de una solicitud que debe contener, entre otros datos, la identificación de la persona titular de quien se requiere información, el tipo de operaciones que se quiere conocer, los rangos de periodos y señalar el propósito para lo que se requiere la información si es para fines de fiscalización o intercambio de información con otros países. Enviada la solicitud, el banco lo deriva al cliente para que este autorice voluntariamente a que dicha información sea suministrada a la Administración, en caso no lo autorice, entonces la Administración tendrá que iniciar un procedimiento ante un juez para que autorice la entrega de información. Si el juez lo autoriza con aceptación del cliente o sin ella, los bancos deberán remitir la información requerida.

6.9.11. México.

Al igual que las otras legislaciones, el secreto bancario no tiene una regulación expresa en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, sino que se encuentra tácitamente reconocida en el derecho a la intimidad y el derecho a la inviolabilidad de documentos privados.

La Ley de Instituciones de Crédito Federal de 1990 reconoce expresamente el derecho al secreto bancario y establece que la información y documentación financiera tiene carácter de confidencial; por tal motivo, las entidades financieras están prohibidas de suministrar información de las operaciones, depósitos y/o servicios bancarios ni de la titularidad de las cuentas de ningún tipo. Sin embargo, la ley también ha previsto excepciones al secreto bancario y dispone que cuando las autoridades de la hacienda federal requieran información financiera protegida por el secreto bancario, las empresas deberán suministrarlas.

El Código Fiscal de la Federación establece en su artículo 32 que las empresas bancarias deberán entregar directamente o por medio de la Comisión Nacional Bancaria de Valores información determinada respecto a las cuentas, depósitos, servicios, créditos o préstamos, fidecomiso para que se ponga a disposición de la Administración Tributaria cuando se encuentre realizando labores de fiscalización, comprobación del cumplimiento de obligaciones tributarias, el cobro de los créditos fiscales o procedimientos de ejecución de impuestos.

6.10. Reporte sistemático del secreto bancario según tratamiento otros países.

A continuación queremos sistematizar la información sobre el tratamiento del secreto bancario en los países de Europa y de Latinoamérica y sus limitaciones

en cuanto al acceso de información por parte de la Administración Tributaria de cada país.

TABLA N° 8. Acceso a la información financiera para fines tributarios en los países de Europa y Latinoamérica.

País	Regulación		Acceso a la información financiera de las entidades bancarias para fines tributarios
	Constitución	Ley	
Alemania	NO	SI	Acceso directo
Bélgica	NO	SI	Acceso directo y entrega espontánea
España	NO	SI	Acceso directo y entrega espontánea
Suiza	NO	SI	Acceso directo y autorización judicial
Italia	NO	SI	Acceso directo
EEUU	NO	SI	Acceso directo y entrega espontánea
México	NO	SI	Acceso directo
Panamá	NO	SI	Sólo con autorización judicial
Costa Rica	NO	SI	Sólo con autorización judicial
Guatemala	NO	SI	Acceso directo y autorización judicial
El Salvador	NO	SI	Acceso directo
Honduras	NO	SI	Autorización judicial y Superintendencia
Nicaragua	NO	SI	Sólo con Autorización judicial
República Dominicana	NO	SI	Acceso directo y por intermedio de Superintendencia
Brasil	NO	SI	Acceso directo y entrega espontánea
Argentina	NO	SI	Acceso directo y autorización judicial
Colombia	NO	SI	Acceso directo
Perú	SI	SI	Acceso directo y autorización judicial
Uruguay	NO	SI	Solo con autorización judicial
Chile	NO	SI	Acceso directo y autorización judicial
Bolivia	SI	SI	Acceso directo. Autorización judicial y por intermedio de la Superintendencia
Paraguay	NO	SI	Autorización judicial; BCR y Superintendencia
Ecuador	NO	SI	Acceso directo por intermedio de la Superintendencia
Venezuela	NO	SI	Acceso directo

Fuente: Tesis: Incidencia del levantamiento del secreto bancario a pedido de la Administración Tributaria en el ejercicio de sus facultades y la reserva tributaria. Universidad de San Agustín de Arequipa. Suárez Zanabria, José Alejandro (2021)

Elaboración: propia.

CAPÍTULO VII

REFLEXIONES FINALES SOBRE EL SECRETO BANCARIO Y SUS LIMITACIONES PARA FINES TRIBUTARIOS: LUCHA CONTRA LA EVASIÓN ELUSIÓN TRIBUTARIA

7.1. ¿Los bancos están obligados a colaborar con la Administración Tributaria? - El deber de contribuir de las empresas del sistema financiero.

A la luz de todo lo que hemos venido analizando podemos señalar que la sociedad reconoce un conjunto de derechos a la persona humana por tener tal condición; sin embargo, el ejercicio de esos derechos, en algunos casos, no concuerda con los intereses del Estado; no en muy pocos casos, estos derechos llegan a entrar en conflicto con algunos principios que debe garantizar el Estado. Así podemos mencionar que el deber de contribuir es una forma de garantizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, pero ahora, ya no solo se circunscribe a las obligaciones de pago sino también se extiende a una serie de obligaciones formales para el propio deudor e, incluso, estos deberes de colaboración alcanzan a terceros que, por mandato de la ley, se encuentran obligados a colaborar con la Administración Tributaria.

Así tenemos, la obligación que tienen las empresas del sistema financiero a suministrar información de sus clientes proporcionando al Estado, ya sea por

requerimiento específico en un caso determinado o de manera automática y periódica, los insumos suficientes y oportunos para que la Administración identifique las prácticas de evasión y elusión fiscal a fin de asegurar que ninguna persona (natural o jurídica) quede excluida de su obligación con el fisco.

Lo cierto es que los bancos, por disposición de la ley, ahora están en la obligación de ayudar al Estado en la gestión del tributo y, en ese contexto, el secreto bancario, como derecho de la persona que, aparentemente entraría en colisión con el deber de colaboración que se le atribuye a las entidades financieras, queda relegado para estos casos dando paso a la prevalencia del deber de contribuir en la modalidad de suministro de información para así garantizar el legítimo interés del Estado en procurar y proteger la recaudación.

De esta manera se enfrentan dos intereses muy legítimos, el de los particulares, quienes ejerciendo el derecho a la intimidad, pretenden mantener en reserva las operaciones que realicen con una entidad bancaria y/o financiera; y el del Estado, quien con el fin de lograr su objetivo recaudatorio, instrumentalizando la información proporcionada por terceros, busca a través del órgano recaudador verificar los hechos impositivos, fiscalizando aquellas operaciones en donde existan indicios de evasión fiscal. (...) Advertimos un conflicto de intereses que es necesario resolver. En efecto, si bien, en un primer momento el derecho al secreto bancario (cuyo sustento se encuentra en el derecho a la intimidad) puede aparecer como ilimitado, al

oponerse al deber de contribuir y al principio de solidaridad, se proyectan, sobre aquel, diferentes restricciones. (Traverso, 2013, p. 322)

El profesor Garrigues sostiene que para solucionar este conflicto se debe aplicar determinadas reglas que busquen establecer un orden de prelación entre el deber de colaboración que tienen los bancos y el secreto bancario que tiene la persona. Para ello, hemos analizado, en su momento, la aplicación del test de ponderación que sopesa, por un lado, el deber de contribuir y, por otro lado, el secreto bancario y hemos llegado a la conclusión que la medida por el cual se dispone la intervención del Estado en la información de las operaciones pasivas de las personas resulta siendo una medida necesaria, idónea, proporcional y razonable cuyo grado de satisfacción es mayor a la afectación del derecho a la intimidad.

Por lo tanto, el deber de contribuir, no en el sentido de generar flujo de caja al Estado, sino en el sentido de proporcionar insumos de información al Estado para perseguir la evasión y elusión tributaria prevalece sobre el secreto bancario.

Por ello, es importante para el Estado Peruano en su lucha por la erradicación de la evasión y elusión fiscal contar con una red de colaboradores e informadores con la Administración Tributaria y calza perfectamente en este diseño el principio del deber de contribuir que no solo se fundamenta en la capacidad contributiva para el pago del tributo sino en los deberes formales del

propio contribuyente y de los terceros ajenos a la relación jurídica pero vinculados al contribuyente por razones de índole contractual, comercial, etc.

Sánchez López (2001) refiere que las entidades bancarias y crediticias juegan un rol preponderante en conocer la verdadera capacidad económica de las personas que contratan con el banco y que, según sea el caso, están obligadas a tributar. Con la colaboración de los bancos, suministrando información de las operaciones de los contribuyentes, en la condición, forma y plazo que lo requiera la Administración permitirá, en la práctica, implantar un sistema fiscal personal progresivo y moderno, de lo contrario, no contar con los insumos de información financiera de los bancos, los fines tributarios de recaudación y justicia redistributiva serían muy difícil lograrlos.

Los deberes de contribuir encuentra su fundamento constitucional en el principio de solidaridad cuando se reconoce al Perú como un Estado Social y Democrático de Derecho y, como refiere Luis Duran (2006), estos deberes de contribuir permiten diseñar un esquema en donde los ciudadanos coadyuven con la fiscalización, brinden información que permita identificar a los evasores y casos de elusión tributaria y coadyuven en la recaudación, vale decir, en la cobranza de los tributos. Por eso, las entidades del sistema financiero juegan un rol preponderante en esta labor de fiscalización y lucha contra la evasión y elusión tributaria, porque siendo los más cercanos al contribuyente y conocedores de las operaciones pasivas de sus clientes, colaborarán con la Administración Tributaria suministrando información a requerimiento específico o por entrega

automática, dejando de lado el secreto bancario, para hacer prevalecer un legítimo interés del Estado por encima del interés particular.

7.2. ¿El secreto bancario es un límite para el intercambio de información según los acuerdos internacionales que tiene actualmente el Perú?

El Perú, cumpliendo las recomendaciones y buenas prácticas de la OCDE destinadas a lograr su adhesión, ha suscrito y ratificado los Convenios de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, así como también el Acuerdo Multilateral de Autoridades Competentes para el intercambio de reportes entre país a país; estos acuerdos que han sido implementadas con políticas y normatividad específicas permiten el intercambio de información tributaria y financiera entre distintas jurisdicciones y el Perú se encuentra dentro de un grupo importante de países que ahora pueden intercambiar información a solicitud, de manera espontánea o automática entre las Administraciones Tributarias con la finalidad de perseguir el destino de los capitales y el patrimonio para luchar contra la evasión y elusión fiscal.

Sin embargo, ante el requerimiento de información de un estado parte, el país requerido puede negarse a proporcionar información siempre que se encuentren dentro de las limitaciones o restricciones que se establecen para no proceder con atender la solicitud. Conforme a los apartados 3 a 5 del artículo 26 del Modelo de CDI de la OCDE y el artículo 7 del Modelo de Intercambio de

Información de la OCDE se establecen determinados supuestos en el que una jurisdicción puede negarse a entregar información al país que lo requiere.

En términos generales, aunque cada acuerdo tiene sus particularidades, en especial los acuerdos de Asistencia Mutua dentro del marco de la OCDE, los supuestos por el cual un país podría negarse a entregar información mencionamos: i) cuando se obliga al Estado a adoptar medidas administrativas que vayan en contradicción a su legislación interna, ii) información que no pueden obtener en función a su propia legislación o normatividad tributaria, iii) información que revele el secreto profesional, comercial, empresarial, o de un proceso industrial, iv) información que revele la confidencialidad de las comunicaciones entre el cliente y su abogado, v) información que vaya contra el orden público o que implique un trato discriminatorio de los sujetos de quienes se tiene que informar.

Como señala Valdez Ladrón de Guevara (2014), si bien es cierto el estado requerido puede oponerse a la solicitud de requerimiento de información del Estado requirente cuando están referidos a estos supuestos limitantes; sin embargo, no se puede fundamentar tal oposición a la entrega de información en la confidencialidad del secreto bancario. Conforme al apartado 5 del artículo 26 del Modelo de Convenios de la OCDE, no se puede negar información alegando que se encuentran en poder de las entidades del sistema financiero, agentes fiduciarios o corresponden a la titularidad de un tercero.

Conforme al Modelo de Convenios para el Intercambio de Información de la OCDE, en su artículo 5, numeral 4; el Estado Parte que debe entregar información requerida, siempre que la solicitud del Estado que lo requiera, reúna los requisitos formales y condiciones establecidos en el convenio suscrito, está obligado a obtener la información de las entidades financieras, bancos o cualquier otra entidad financiera, a través de sus autoridades competentes. Esto quiere decir que el Estado contratante del convenio deberá efectuar las acciones administrativas correspondientes para obtener la información que obre en poder de las entidades financieras o de cualquier persona que actúe como representante o fiduciario.

El intercambio de información financiera entre las jurisdicciones contratantes sin que se ponga como justificación el secreto bancario es un estándar internacional de la OCDE; por ello, es una tendencia en todos los países comprometidos con la lucha contra la criminalidad económica y el combate a la elusión y evasión tributaria la eliminación del secreto bancario para las autoridades competentes encargados de combatir estos ilícitos. La obtención de información por parte del Estado contratante debe ser de manera directa, es decir, que el Estado debe adecuar su legislación que le permita el acceso directo de información financiera; para el caso del Perú, se ha autorizado que la información de los bancos se obtenga de manera indirecta, a través de la autorización de un juez; sin embargo, el procedimiento administrativo que se tiene que seguir es burocrático que demanda plazos dilatorios para la atención del requerimiento.

Países como Suiza, Luxemburgo con fuerte tradición de mantener el secreto bancario han tenido que adecuar su legislación para poder obtener información directa de las entidades financieras y han suscrito los Convenios de Intercambio de Información de la OCDE sin efectuar reservas.

Actualmente, el Perú obtiene información financiera a través de la autorización de un juez; se ha aprobado el DL N°1434, como una medida de implementación y adecuación a las recomendaciones de la OCDE para que los bancos entreguen reportes periódicos de manera directa a la autoridad tributaria con información de operaciones pasivas con identificación de sus titulares; aunque esta disposición contraria el numeral 5 del artículo 5 de la Constitución Política, no deja de ser importante en la política del Estado Peruano para luchar contra la evasión y elusión fiscal. Por eso, es importante que el Perú, con la finalidad de adecuarse a los estándares de la OCDE también disponga el fin del secreto bancario o, por lo menos, se faculte a la Administración Tributaria como un órgano con acceso directo a la información financiera de las personas naturales y jurídicas, pero ello requiere una reforma constitucional o, en todo caso, también con reforma constitucional, se deje de reconocer el secreto bancario como derecho expreso en la Constitución y dejar su regulación a la ley para que disponga los aspectos que merecen protección y los supuestos en que se debe levantar dicho secreto.

7.3. ¿Qué pasaría si se limita el acceso a la información bancaria para fines tributarios?

Dentro del marco del proceso de adhesión del Perú al organismo de la OCDE, el Perú forma parte del Foro Global que reúne a 144 países que intercambian información tributaria y financiera con la finalidad de luchar contra la evasión y elusión tributaria; por tal motivo, han suscrito diversos convenios y Acuerdos de Asistencia Administrativa Mutua y de intercambio Automático de Información. El Perú viene cumpliendo e implementando en sus políticas públicas y normatividad interna los estándares internacionales y recomendaciones de la OCDE.

Sin embargo, en el Congreso de la República se han presentado proyectos en el sentido de limitar el acceso a la información financiera de los bancos para que la SUNAT no pueda obtener información de los contribuyentes en relación a sus operaciones pasivas. Los proyectos y las reformas están referidos a:

- Proyecto de Ley N°6904 – PL que deroga el Decreto Legislativo N°1434, que modifica el artículo 143-A de la Ley N°26702. Viola manifiestamente el secreto bancario. (Presentado el 06 enero 2021)
- Proyecto de Ley N°6928 – PL que deroga el artículo 143-A de la Ley N°26702. Para garantizar el derecho a la intimidad. (Presentado 13 enero 2021)

- Proyecto de Ley N°6950 – PL que deroga el Decreto Legislativo N°1434. Inconstitucionalidad de la información personal protegida por el secreto bancario. (presentado el 18 enero 2021)
- Proyecto de Ley N°7102-2020 – PL que deroga el Decreto Legislativo N°1434 Viola el secreto bancario de personas naturales y jurídicas que ponen en riesgo su seguridad y entorno familiar. (presentado el 11 febrero 2021)
- Proyecto de Ley N°7105 – PL que deroga el Decreto Legislativo N°1434 trasgrede el derecho fundamental del secreto bancario. (presentado el 11 febrero 2021)

De prosperar estas reconsideraciones en el Congreso, limitando el acceso a la información protegida por el secreto bancario para poder utilizarlo con fines fiscales, el Perú estaría retrocediendo en los logros obtenidos para su adhesión a la OCDE ya que entre los estándares internacionales más importantes en materia tributaria es precisamente que el Estado, a través de su Administración Tributaria, pueda acceder a información de las operaciones pasivas de las personas naturales y jurídicas que permitan efectuar con mayor eficiencia las labores de control y fiscalización de la SUNAT, así como contrastarla, verificarla y complementarla con información de otras jurisdicciones para detectar prácticas de evasión, elusión y fraude fiscal.

Por ello, la Directora Adjunta del Centro de Política y Administración Tributaria de la OCDE, Grace Pérez-Navarro en una entrevista radial recogida por el diario “Gestión” el 27 de enero de 2022 expresó su preocupación en representación de

este organismo y señaló que el Perú ha asumido compromisos con países del Foro Global para intercambiar información con más de cien jurisdicciones en el mundo a fin de perseguir el fraude fiscal, este es un estándar internacional de la OCDE que de no cumplirse e implementarse administrativamente, el Perú vería comprometido seriamente su adhesión a esta organización económica.

Sin embargo, el riesgo no solamente tendría que ver con el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Perú con respecto a su adhesión a la OCDE y a los compromisos asumidos en el Foro Global, perdiendo así las acreditaciones obtenidas y pasaría a ser un país no cooperante y formar parte de la lista gris. Sino que, además, si el Perú no puede acceder a la información financiera de las personas, no podría intercambiarla con otras Administraciones Tributarias y, por ende, no podría recibir ningún tipo de información de los otros países, generando ello que la evasión y elusión tributaria aumente a nivel nacional e internacional y con ello la distorsión del sistema tributario, es decir, no se lograría obtener mayor recaudación y lo dejado de pagar lo asumirían injustamente los pocos formales que vienen tributando en el Perú, generando una redistribución inequitativa en los gasto públicos.

Es importante que la Administración Tributaria cuente con la información, por un lado de manera específica con requerimientos específicos ante el juez y, por otro lado, con el suministro de información directa y de manera periódica a fin que la SUNAT identifique particularmente los casos de evasión y elusión de impuestos y desde ahí fortalecer el control y fiscalización.

7.4. Contrastación de hipótesis de la investigación.

7.4.1. Hipótesis principal: El tratamiento del derecho al secreto bancario en la Constitución Política impide al Estado Peruano implementar políticas que permitan combatir la evasión y elusión tributaria.

Conforme a la última reforma constitucional mediante Ley N°31507 de fecha 03 de julio de 2022, que modificó el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, el secreto bancario fue reconocido expresamente como derecho fundamental de la persona, si bien esta institución jurídica ya se encontraba prevista en el texto anterior de la Constitución prescribiendo quienes eran los autorizaos a levantar el secreto bancario y la reserva tributaria, en esta reforma se establece expresamente que toda persona tiene derecho al secreteo bancario y a la reserva tributaria; incorporando, además, a la Contraloría General de la República y a la Superintendencia de Banca y Seguros como nuevos órganos del Estado facultados al levantamiento del secreto bancario junto a los que ya tenían dicha facultad: el juez, el Fiscal de la nación y una Comisión Investigadora del Congreso de la República.

Los nuevos sujetos que, conforme a la reforma constitucional, ahora están facultados a levantar el secreto bancario, es decir, la Contraloría General de la República y la SBS tiene han tenido como finalidad llevar políticas contra la corrupción de funcionarios y el seguimiento de operaciones sospechosas para

combatir el lavado de activos. Sin embargo, no se ha previsto facultar a la Administración Tributaria para que también tenga acceso directo a la información protegida por el secreto bancario a fin de perseguir los actos de evasión, elusión tributaria y otros ilícitos de fraude tributario. El procedimiento que debe seguir la Administración Tributaria para acceder a este tipo de información financiera debe realizarse mediante una solicitud motivada ante el juez, quien deberá evaluar el pedido y autorizar la entrega de información en un plazo determinado.

Seguir ese procedimiento que se encuentra regulado en el artículo 143 de la Ley N°26702, Ley del Sistema Financiero, implica identificar un caso específico y solicitar el levantamiento cuando la persona de quien se quiere saber sus movimientos bancarios se encuentre involucrada en un procedimiento de fiscalización y/o investigación o, también se puede solicitar el levantamiento del secreto, cuando el Estado Peruano tenga que atender un requerimiento de pedido de información por parte de otro país dentro del marco de un Acuerdo o Tratado Firmado, pero siempre referido a un caso determinado.

Con lo que actualmente viene recogiendo nuestra Constitución de 1993, esas son las dos opciones para que el Estado, a través de su Administración Tributaria - SUNAT pueda acceder a información financiera, especialmente de las operaciones pasivas de una persona natural o jurídica. Sin embargo, cuando el Estado Peruano pretende implementar una política general de lucha contra la evasión y elusión fiscal basada en la información de operaciones pasivas de las personas que utilizan el sistema financiero, que hayan sido entregadas directa y

periódicamente por las entidades bancarias a la Administración para evaluarla, procesarla, contrastarla y, a partir de ahí, identificar casos de evasión y elusión que merezca una posterior fiscalización, no podría hacerlo.

El Estado ha venido adecuando el ordenamiento jurídico en este tema para cumplir con los estándares internacionales de la OCDE y sus recomendaciones por lo cual se dictó el Decreto Legislativo N° 1434 y el DS N°430-2020-EF que modifica el artículo 143-A de la Ley N°26702 por el cual obliga a la empresas del sistema financiero a entregar información directa y periódica sobre operaciones pasivas de sus clientes para intensificar la lucha contra la evasión y elusión tributaria resulta que eso colisiona con la Constitución porque la Administración Tributaria no se encuentra facultada a obtener información financiera de manera directa, debería recurrir al juez para que por su intermedio se le autorice a obtener esta información.

Esta disposición que obliga a las instituciones financieras a proporcionar información automática tampoco, cumple con lo dispuesto en el último párrafo del inciso 5 del artículo de la Constitución porque expresamente se señala que el levantamiento del secreto bancario se efectúa de acuerdo a ley y para tal efecto, la ley de sistema financiero es claro en señalar que el levantamiento del secreto bancario para fines tributario se hace a través del juez.

Por ello, contrastamos nuestra hipótesis en el sentido que la Constitución de 1993, tal como regula el secreto bancario, termina impidiendo que el Estado

Peruano implemente medidas y políticas destinadas a combatir la evasión y elusión tributaria a partir de la información de las operaciones pasivas realizadas que las empresas del sistema financiero deberían entregar a la Administración Tributaria a fin de fortalecer las labores de fiscalización para una justa recaudación.

7.4.2. Hipótesis secundarias 1. Las normas del ordenamiento jurídico peruano que obliga a las empresas del sistema financiero a suministrar información financiera de sus clientes a la Administración Tributaria - SUNAT vulneran el derecho fundamental del secreto bancario.

Como hemos venido señalando en líneas anteriores, a través del Decreto Legislativo N° 1434 y su reglamento dictado mediante el DS N°430-2020-EF y modificado por el DS N°009-2021-EF que dispone que las empresas del sistema financiero entreguen información directa y periódica de las operaciones pasivas realizadas con sus cliente sobre saldos y montos acumulados, promedios o montos más altos de un determinado período y los rendimientos de las cuentas así como la identificación de sus titulares resulta siendo una clara violación al derecho del secreto bancario que protege esta parte de la intimidad económica de la persona.

El Tribunal Constitucional ha señalado en varias sentencias que hemos analizado a lo largo de la presente investigación que el secreto bancario forma parte del derecho a la intimidad porque protege información sensible en lo que

corresponde a la situación económica y patrimonial de la persona; sin embargo, esta información no es el contenido esencial del derecho a la intimidad; por lo tanto, si está permitido levantar el secreto bancario siempre y cuando se sigan los procedimientos establecidos en la ley, que en este caso, tratándose de operaciones pasivas de los clientes del banco, deben ser autorizados por un juez ya que el derecho al secreto bancario no es un derecho absoluto, ni siquiera el derecho a la intimidad.

Como podemos apreciar, las normas que obligan a las empresas del sistema financiero a suministrar información de sus clientes para que la Administración Tributaria lo use con fines de liquidar el adeudo tributario no está proscrito, sino que tiene que seguir los procedimientos regulares e, incluso, pueden accederse a información de operaciones pasivas pero siempre que se justifique la intervención del Estado, vale decir, que sea necesario, idóneo, proporcional y razonable a fin de hacer valer el interés común por encima del interés privado.

Pero cuando la norma dispone entregas periódicas y de manera directa sin previo procedimiento ni autorización del juez, consideramos que ello es violatorio del derecho fundamental del secreto bancario, lo cual no significa que dichas disposiciones sean dañinas; por el contrario, es saludable que el Estado tenga información financiera disponible y, que mejor que sea entregado de primera fuente como son los bancos, además que muchos países en el mundo así lo tienen previsto en sus ordenamientos; lo que consideramos que está mal o está reñido con nuestro ordenamiento es que se pretenda obligar a las

empresas bancarias a entregar información automática a la Administración Tributaria cuando la Constitución no lo permite; por ello, consideramos que se debe reformar el texto constitucional ya sea para autorizar a la Administración al acceso directo a la información de los bancos o dejar de reconocerlo como derecho fundamental para que sea la propia ley la que se encargue de regular los alcances y limitaciones del secreto bancario.

7.4.3. Hipótesis secundaria 2. El Perú necesita flexibilizar el derecho al secreto bancario para alinearse a los estándares internacionales de transparencia fiscal y de intercambio automático de información financiera a nivel global.

El Perú se encuentra en proceso de adhesión para formar parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE; por tanto, debe implementar políticas y medidas en el aspecto económico, adecuar su legislación y seguir determinadas recomendaciones a fin de alcanzar los estándares internacionales de buenas prácticas y desarrollo económico.

En el Estudio Económico de la OCDE: Perú 2023 realizado por esta Organización en setiembre de 2023, dentro del marco de adhesión del Perú, la OCDE ha anotado importantes hallazgos y recomendaciones en materia tributaria y una de ellas es aumentar la recaudación tributaria, para lo cual debe implementar una serie de medidas entre las cuales se encuentra la lucha contra la evasión y elusión tributaria que serio daño le hace a la economía nacional

erosionando el sistema tributario y haciéndolo inequitativo en la redistribución de las cargas fiscales.

Dentro del marco de las recomendaciones de la OCDE, el Perú se ha adherido a importantes acuerdos multilaterales que le permiten intercambiar información financiera con más de 141 jurisdicciones en el mundo y al mismo tiempo recibir información de dichos países que le permiten identificar los casos de evasión y elusión tributaria, entre otros ilícitos. El Perú se ha suscrito en el 2017 el Convenio Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria. (CMAAMMT) que le permite intercambiar información financiera y tributaria con varios países en el mundo; asimismo, el 09 de noviembre de 2018, también ha suscrito al Acuerdo Multilateral de Autoridades Competentes para el Intercambio de Reportes País por País (AMAC) (MCAA siglas en inglés) que tiene 45 jurisdicciones firmantes para el intercambio de información sobre cuentas financieras. Desde el 2017, forma parte del Foro Global que han acreditado a nuestro país en dos ocasiones como país cooperante.

Del mismo modo, el Perú ha suscrito la Decisión 578 de la Comunidad Andina de Naciones CAN que obliga a intercambiar información financiera a fin de evitar la doble imposición y luchar contra la evasión y elusión fiscal; además, también tiene celebrado con varios países Convenios para Evitar la Doble Imposición CDI que le obligan a intercambiar información de sus contribuyentes.

Todos estos acuerdos internacionales tienen la naturaleza de Tratados Internacionales, por lo que el Perú se compromete a intercambiar información de orden financiero y tributario; por tanto, el secreto bancario no es una justificación para que nuestro país se niegue a suministrar información ante el requerimiento de algún Estado Parte. A fin de garantizar la seguridad de la información la OCDE establece los estándares que el Perú debe cumplir para mantener la información en manos de las autoridades sin que sean reveladas a terceros ajenos a los fines de control y vigilancia de las autoridades.

Por estas consideraciones, el secreto bancario no es una barrera infranqueable o impedimento para que una autoridad gubernamental pueda acceder a la información financiera de sus ciudadanos y con ello transparentar el origen y el destino de los capitales. Las personas que cometen delitos económicos o evaden el pago de impuestos ya no pueden ocultarse bajo la protección jurídica del secreto bancario; por eso, muchas legislaciones están eliminando el secreto bancario ante los requerimientos de las autoridades o, por lo menos, restringiendo su aplicación para dar facilidades a su acceso cuando se trata de cumplir con compromisos internacionales de intercambio, fortalecer las labores de fiscalización y control y luchar contra los ilícitos de lavado de activos y fraude fiscal.

Por eso, nuevamente insistimos que en el Perú se debe reformar nuestro texto constitucional para facultar a la autoridad tributaria el acceso directo de la información financiera de las personas y empresas con la debida justificación o,

en todo caso, dejar a las leyes ordinarias la regulación del secreto bancario que establecerá los alcances y limitaciones.

CONCLUSIONES

1. El secreto bancario constituye un deber de las instituciones financieras que nace de la relación banco-cliente, en virtud del cual, la entidad bancaria está obligada a guardar confidencialidad de las operaciones que realiza con sus clientes y de toda información económica que éste le suministra al banco. Esta información no podrá ser divulgada ante terceros sin autorización del titular salvo que se trate de un requerimiento oficial de una autoridad pública que tenga un pedido debidamente motivado para quebrar el secreto bancario.
2. Los fundamentos dogmáticos del secreto bancario se han basado inicialmente en los usos y costumbres de la práctica bancaria, pasando de un deber moral del banco, tratado como secreto profesional a una obligación contractual, plasmada expresamente en el contrato entre banco-cliente. Actualmente, el secreto bancario es una institución jurídica que se encuentra recogido en todas las legislaciones del mundo como un derecho de la persona, incluso, en algunos países, como el nuestro, se reconoce al secreto bancario como derecho fundamental de la persona.
3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de otros tribunales jurisdiccionales del mundo han reconocido que el secreto bancario forma parte del derecho a la intimidad de la persona, como expresión de la esfera económica de individuo. Sin embargo, también ha señalado que el contenido del secreto bancario, si bien forma parte del derecho a la intimidad económica, no constituye

el contenido esencial del derecho a la intimidad de una persona; por tanto, al no afectar los aspectos íntimos que dañe la psicología misma de la persona, admite restricciones y limitaciones como el levantamiento del secreto a solicitud motivada de las autoridades competentes según establezca la ley.

4. En el ordenamiento jurídico peruano, el secreto bancario se encuentra reconocido por nuestra Constitución Política de 1993, en el inciso 5 del artículo 2, como derecho fundamental de la persona y que sólo puede ser levantado por el juez, el Fiscal de la Nación, el Presidente de una Comisión Investigadora del Congreso de la República y, recientemente, mediante una reforma constitucional dictada por la Ley N°31507, se ha incorporado a la Contraloría General de la República y a la Superintendencia de Banca y Seguros, estos últimos con la finalidad de luchar contra la corrupción de funcionarios y el lavado de activos. Asimismo, la Ley N°26702, Ley General del Sistema Financiero regula el ámbito que protege el secreto bancario, los límites y restricciones, así como el procedimiento para su levantamiento.
5. El Estado Peruano, a través de su administración Tributaria, no tiene acceso directo a la información financiera de los contribuyentes para poder utilizarla con fines tributarios, es decir, no está autorizado para el levantamiento directo del secreto bancario como si lo están las otras entidades previstas en el numeral 5 del artículo 2 de la Constitución y, ello, genera una desventaja en la lucha contra la evasión y elusión fiscal, pues, para que la Administración Tributaria acceda a esta información deberá solicitarla motivadamente a un juez acreditando la

necesidad de entregar información en cumplimiento de los Acuerdos y Tratados Internacionales en los que el Perú es parte o, en su caso, para labores de fiscalización siempre que la persona de quien se requiere la información se encuentra inmerso en una investigación o inspección.

6. La evasión y la elusión tributaria generan un grave daño a la economía del país, además de mermar la recaudación tributaria debido a que grandes rentas, capitales y patrimonio producidas en el Perú y/o en el extranjero, pertenecientes a contribuyentes domiciliados peruanos, obligados a tributar según las leyes peruanas, no son gravadas como corresponde y fugan a los países con menores exigencias tributarias y poca transparencia en la información, huyen a territorios denominados paraísos fiscales. Además, de la salida de capitales, el aumento en los costos de fiscalización, la evasión y elusión tributaria genera una distorsión en el sistema tributario nacional ya que, con la finalidad que el Estado obtenga los recursos económicos suficientes para cubrir el gasto público, recurrirá a crear otros tributos o, en todo caso, a elevar las tasas o alícuotas a los tributos ya existentes exigiendo a pagar más a los contribuyentes que regularmente ya vienen cumpliendo con sus obligaciones, para cubrir lo que se deja de pagar con la evasión o elusión, generando, de esta manera, un sistema redistributivo injusto e inequitativo.

7. Las políticas implementadas por el Estado Peruano con la finalidad de luchar contra la evasión y elusión tributaria dadas a través de diversas normas, entre ellas, las emitidas mediante el Decreto Legislativo N°1434 y su Reglamento

dictado mediante el DS 430-2020-EF por el cual obligan a las entidades del sistema financiero a tener que suministrar información de las operaciones pasivas de sus clientes sobre información relativa a los montos acumulados, promedios o montos más altos, saldos y los rendimientos generados con identificación de la titularidad de las cuentas afectan el derecho fundamental del secreto bancario. Según la disposición normativa, esta información deberá ser entregada directamente a la Administración Tributaria, sin necesidad de solicitar la autorización de un juez y, además con reportes mensuales que serán entregados semestralmente claramente vulneran el mandato constitucional sobre el secreto bancario, pues, conforme lo señala el último párrafo del inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, el levantamiento del secreto bancario se hace conforme a los procedimientos regulados en la ley y, para estos casos de liquidación tributaria, la ley establece que el requerimiento de información se solicita a través de un juez.

8. El secreto bancario en muchas legislaciones del mundo, si bien no lo tienen previsto como derecho fundamental en sus respectivas constituciones, sino que se encuentra regulado a nivel de una norma con rango legal, está siendo seriamente restringido en la actualidad e, incluso, en algunos casos, tiende a su desaparición cuando se trata de facilitar información para las autoridades que persiguen los delitos de lavados de activos, corrupción, financiamiento ilícito y para erradicar la evasión, elusión y fraude tributario. Por tanto, no es inconstitucional, ni mucho menos arbitrario, que en la mayoría de ordenamientos jurídicos de otros países se haya previsto entrega directa y automática de

información financiera sobre las operaciones pasivas de los contribuyentes a fin de ser utilizados con fines fiscalizadores. En el Perú, el secreto bancario aún está reconocido como derecho fundamental de la persona y cualquier política relacionada a utilizar la información financiera de los contribuyentes para luchar contra la evasión y elusión va a colisionar con la Constitución o, por lo menos, se cuestionará su constitucionalidad.

9. El suministro de información que las instituciones financieras deberían entregar al Estado, a través de la Administración Tributaria, para que conozca de manera directa, periódica y automática las operaciones pasivas, movimientos, transferencias, saldos, rendimientos no debería ser entendido como una violación al derecho a la intimidad de la persona, sino como un interés legítimo del Estado que busca combatir la evasión y elusión tributaria haciendo prevalecer el interés público sobre el interés privado. Por ello, es importante que la Constitución también faculte a la Administración Tributaria a acceder directamente a la información de las entidades financieras o, en todo caso, deje de considerar al secreto bancario como derecho fundamental y dejar su regulación a la ley, para que, por medio de leyes ordinarias, se establezca el ámbito de aplicación, sus limitaciones y los procedimientos para su levantamiento.

10. La protección del derecho bancario, como expresión del derecho a la intimidad de la persona colisiona con otro bien jurídico constitucionalmente protegido como es el deber de contribuir o los deberes de colaboración, bienes que

encuentran su fundamento en el principio de solidaridad previsto en el artículo 43 y 44 de la Constitución cuando se establece que el Perú es un Estado Democrático y Social de Derecho; por tanto, es deber del Estado Peruano velar por el bien común, la satisfacción de las necesidades colectivas generando igualdad de condiciones para todos los ciudadanos y el tributo es el instrumento jurídico-económico que llevará a tal fin; en ese sentido, el deber de contribuir no solo tiene su fundamento en la capacidad contributiva del sujeto para obligarlo a pagar según los bienes, rentas o patrimonio que posea, sino que, ahora el deber de contribuir también tiene su fundamento en los deberes de colaboración tanto del propio contribuyente como de terceros que, de alguna manera, se encuentran vinculados al contribuyente, vale decir, que los terceros también deben coadyuvar en la fiscalización tributaria, brindar información que permita la liquidación tributaria y coadyuvar al proceso de recaudación tributaria.

11. De las sentencias del Tribunal Constitucional peruano analizadas en el presente trabajo podemos concluir que este colegiado ha señalado que no se vulnera el secreto bancario cuando el Estado, a través de su Administración Tributaria, accede a información financiera de sus contribuyentes para hacer valer intereses constitucionalmente legítimos como es la recaudación tributaria y el cumplimiento del principio del deber de contribuir, entendida no solo para el propio contribuyente, sino también para los terceros que tienen la obligación de coadyuvar con la entrega de información; indudablemente, dentro de este interés constitucional podemos ubicar la lucha contra la evasión y elusión tributaria, que se logrará fortaleciendo las labores de fiscalización con información que

provenza de las entidades financieras. En ese sentido, se ha concluido también que, después de la aplicación del test de ponderación entre los principios constitucionales del secreto bancario como extensión del derecho a la intimidad económica del individuo por un lado y, por otro lado, el deber de contribuir y/o el deber de colaboración con la Administración fundado en el principio de solidaridad constitucional, se ha obtenido como resultado que la afectación del secreto bancario para obtener información útil, relevante y determinante para la lucha contra la evasión y elusión tributaria es idónea, necesaria, razonable y proporcional pues su afectación es en menor grado que el nivel de satisfacción que se logra con el cumplimiento del deber de contribuir.

12. El Perú se encuentra, desde el 2014, en proceso de adhesión a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE y en el último Estudio Económico de la OCDE: Perú 2023, esta Organización ha entregado al Estado Peruano un listado de recomendaciones que deberá cumplir e implementar a fin de lograr estándares internacionales de mejores prácticas económicas y, en el ámbito tributario, se recomienda aumentar la recaudación, erradicar la evasión y elusión tributaria tanto a nivel nacional como internacionalmente, para ello, el Perú se ha incorporado y suscrito Acuerdos Multilaterales como las del Foro Global, el Convenio Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria, Acuerdo de Autoridades Competentes para el Intercambio de Reportes País por País, todas orientadas al intercambio de información financiera y tributaria. Además, el Estado Peruano ya tenía suscrito otros acuerdo anteriores a las recomendaciones de la OCDE como por ejemplo, la

Decisión 578 de la CAN y los Convenios para Evitar la Doble Imposición – CDI que obligan al Estado a intercambiar información financiera y tributaria sin que sea justificación para su denegatoria el secreto bancario.

RECOMENDACIONES

1. Es recomendable que la Constitución Política del Perú también contemple como un sujeto facultado a levantar el secreto bancario a la Administración Tributaria. Así como la última reforma constitucional incorporó a la Contraloría General de la República y la Superintendencia de Banca y Seguros autorizándolos a levantar el secreto bancario con la finalidad de perseguir la corrupción de funcionarios y el lavado de activos; también resultaría importante que el legislador constitucional priorice o resalte, como política de Estado, la lucha contra la evasión y elusión fiscal a fin de fortalecer las labores de fiscalización de la Administración Tributaria para lograr una mayor eficiencia en la recaudación; de lo contrario seguiremos en un sistema tributario injusto e inequitativo donde las cargas del gasto público no se redistribuye con justicia para todos.
2. Una propuesta alternativa, también de reforma constitucional, implica que el legislador constituyente deje de contemplar el derecho al secreto bancario como derecho fundamental en la Constitución, así como varios países de Latinoamérica y Europa no tienen contemplado expresamente el secreto bancario en su texto constitucional sino a nivel de rango legal; eso facilitaría la labor legislativa, a nivel de leyes ordinarias, para que el Estado Peruano establezca los alcances de protección del secreto bancario, sus restricciones, procedimientos y presupuestos que permitan levantar el secreto bancario con

fines tributarios debidamente justificados, sin perjuicio, obviamente, de los otros supuestos que actualmente ya se encuentran previstos en el inciso 5 de artículo 2 de la Constitución vigente.

3. Mantener las disposiciones constitucionales en relación al secreto bancario y las disposiciones legales que obligan a las instituciones financieras a entregar reportes directos, sin previo requerimiento y de manera periódica a la Administración Tributaria con la finalidad de optimizar la lucha contra la evasión y elusión fiscal, es un contrasentido en nuestro ordenamiento jurídico vigente, por decir lo menos; o, jurídicamente, podemos decir que estamos ante vicios de inconstitucionalidad. Es recomendable evitar estas contradicciones. Porque por un lado, la Constitución protege el secreto bancario como derecho fundamental permitiendo su levantamiento solo en determinados supuestos y, por otro lado, las leyes exigen información bancaria de las operaciones pasivas de los contribuyentes de manera automática a las entidades financieras sin seguir los procedimientos regulares.
4. Es importante fortalecer las políticas del Estado Peruano orientadas a luchar contra la evasión y elusión tributaria para lograr alcanzar los estándares internacionales y mejores prácticas según las recomendaciones de la OCDE. Para ello, en virtud al principio del deber de contribuir, las instituciones del sistema financiero deben colaborar con la Administración Tributaria

suministrando información de las operaciones pasivas de su clientes, lo cual no es una arbitrariedad ni violatoria al derecho a la intimidad; por el contrario, es una medida necesaria, idónea, razonable y proporcional porque se provee a la Administración Tributaria de insumos suficientes y oportunos para reducir los índices de evasión y elusión.

5. En tal sentido es recomendable que el legislador plasme en la norma los parámetros claros y precisos para que la Administración acceda a la información bancaria cuando sea debidamente justificada cuidando que la medida no constituya una forma de facilitar la labor de fiscalización buscando la comodidad y simplificación del procedimiento, disminuyendo los esfuerzos de la Administración; por el contrario, las medidas deben obedecer a procedimientos puntuales que le permita a la Administración, a partir de la información obtenida, detectar supuestos de evasión y elusión para iniciar sus labores de fiscalización.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alessandri Rodríguez, A. y Somarriva Undurraga, M. (1971). *Curso de Derecho Civil. Parte General*. Santiago de Chile.

Ataliba, G. (1987). *Hipótesis de incidencia tributaria*. Instituto Peruano de Derecho Tributario, Lima.

Azaustre Fernández, M.J. (2004). Fundamento y Naturaleza jurídica del secreto bancario. Distintas ideas sobre el fundamento del secreto bancario. *El secreto bancario*. Editor J.M. Bosch.

Barrios Orbegoso, R. (1988) *Derecho Tributario – Teoría General del Impuesto*. 2da edición. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima.

Bartels Villanueva J. y Arias Alpízar, L. (2010). *El secreto bancario. Aspectos históricos y problemática actual*. Diálogos Revista Electrónica de Historia. Vol. 11, N°2.

Blossiers Mazzini, J. (2013). *Manual de Derecho Bancario*. Ediciones Legales EIRL, Lima.

Bocchiardo, J. C. (2003) *Derecho Tributario Sustantivo o Material*. En Tratado de Tributación. T.I., V. I. Editorial Astrea, Buenos Aires.

Bravo Cucci, J. (2022) El secreto bancario en el Perú: Reflexiones tributarias.

Ebook. Universidad Continental. Lima. Obtenido en:

[https://mktposgrado.ucontinental.edu.pe/hubfs/Ebook-MT-](https://mktposgrado.ucontinental.edu.pe/hubfs/Ebook-MT-2021/Ebook_El%20secreto%20bancario%20en%20el%20Peru-%20Reflexiones%20tributarias.pdf)

[2021/Ebook_El%20secreto%20bancario%20en%20el%20Peru-](https://mktposgrado.ucontinental.edu.pe/hubfs/Ebook-MT-2021/Ebook_El%20secreto%20bancario%20en%20el%20Peru-%20Reflexiones%20tributarias.pdf)

[%20Reflexiones%20tributarias.pdf](https://mktposgrado.ucontinental.edu.pe/hubfs/Ebook-MT-2021/Ebook_El%20secreto%20bancario%20en%20el%20Peru-%20Reflexiones%20tributarias.pdf)

Bravo Cucci, J. (2023). Reflexiones sobre el secreto bancario en el Perú. *Libro Homenaje a Felipe Iannacone Silva, Temas de Derecho Tributario*. Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, Facultad de Derecho, Lima, pp. 43-53

Boise Craig, M. (2008). *Regulating Tax Competittion in Offshore Financial Centers*. Case Legal Studies Research Paper. N° 08-26.

Brewer-Carias, A. (1994). Consideraciones sobre el derecho a la vida privada y a la intimidad económica y a su protección. AAVV. La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humano. San José. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Bravo Cucci, J. (2003). *Fundamentos de Derecho Tributario*. Palestra Editores. Lima.

Cabanellas, G. (1994). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Heliasta. 23^a edic, Buenos Aires.

Camacho Zegarra, M. (2019). *Derecho económico, financiero y bancario*. Grijley, Lima.

Cardona de Gómez, D. Fernández Orrego, D. y Zuluaga Duque, S. (2013). *Estudios comparados sobre el acceso a la Información Bancaria para fines tributarios en América Latina y el Caribe*. Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT), Agencia Estatal de Administraciones Tributarias (AEAT) e Instituto de Estudios Fiscales (IEF). Pereyra, Colombia.

Cazorla Prieto, L. (1978). *El secreto bancario: Aspectos Fiscales*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid – España.

Cervini, R. (2010). El fundamento del secreto bancario. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 16, octubre, Lima, pp. 317-336.

Coll Morales, F. (2020). *Operación bancaria*. Obtenido en:

<https://economipedia.com/definiciones/operacion-bancaria.html>

Cremieux, M. (1978). Le secret des affaires. *L'Information en droit privé*. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, pp. 476.

De Freitas Júnior, E. (2016). El mito del secreto bancario ante el fisco: El caso de Brasil. Revista de Administración Tributaria CIAT/AEAT/IEF. No. 41, agosto 2016. Brasil.
https://www.ciat.org/Biblioteca/Revista/Revista_41/Espanol/rev41_freitas_brasil.pdf

De La Haza Barrantes, A., Aguedo Huiza, B. y Flores Ligarda, C. (2018) Alcances y retos del secreto bancario. Pontificia Universidad Católica del Perú – PUCP.

Di Amato, A. (1979). Il Secreto bancario. Napoli: edizioni Scientifiche Italiane, pp. 13

Di Amato, A. (1983). Il secreto bancario nella prospettiva costituzionale. Rass, Diritto Civile, pp. 963

Durand Rojo, L. (2006). El deber de contribuir en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Jurisprudencia y doctrina constitucional tributaria*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, pp. 414-428

Espinoza Pintado, E. (2023). Entre el secreto bancario de la persona y los ingresos fiscales del Estado: un análisis constitucional. *Libro Homenaje a Felipe Iannacone Silva, Temas de Derecho Tributario*. Fondo Editorial de la

Universidad de San Martín de Porres, Facultad de Derecho, Lima, pp. 121-143.

Franco Dell' Issola, M. (1991). Nuevo régimen de levantamiento de secreto bancario en materia tributaria introducido por la reforma fiscal. Facultad de derecho Udelar Uruguay. Instituto de Derecho Penal.

<https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/idp/article/view/102file:///C:/Users/User/Downloads/102-Texto%20del%20art%C3%ADculo-190-1-10-20161016.pdf>

Gamba Valega, C. (2001). *Unos breves apuntes sobre la Discrecionalidad en el Derecho Tributario*. Instituto Peruano de Derecho Tributario, marzo N° 37, Lima.

Gamba Valega, C. (2006). ¿La Administración Tributaria se encuentra facultada a requerir cualquier tipo de información a los contribuyentes? *Contadores y Empresas*. N° 36, abril, Lima.

García Vizcaino, C. (2009). *Derecho Tributario. Consideraciones económicas y jurídicas*. T. I. Parte General. Abeledo Perrot, 4ª edic. Buenos Aires.

Garriguez, J. (1957). La operación bancaria y el contrato bancario. *Derecho Mercantil*. (66).

Guex, S. (2000). The Origins of the Swiss Banking Secrecy Law and ITS Repercussions for swiss Federal Policy. *The Bussines History Reviw.* 74 (2) pp. 237-266

Huamaní Cueva, R. (2015). *Código Tributario Comentado*. Jurista Editores, Lima.

Iannacone Silva, F. (2001). *Comentarios al Código Tributario*. Editora Jurídica Grijley, Lima.

Izquierdo Martínez, A. (2017). Secreto Bancario y Big Data. Regulación Financiera – *Revista de Derecho del Mercado Financiero*. Working Paper 1/2017, octubre de 2017 – Madrid – España. http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2017/10/IZQUIERDO-A_Secreto-bancario-y-Big-Data.pdf

Jarach, D. (1971). *El Hecho Imponible – Teoría General del Derecho Tributario Sustantivo*. 2ª edic. Buenos Aires.

Jarach, D. (1996). *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*. Abeledo Perrot, 2ª edic. Buenos Aires.

Jiménez de Parga, R. (1969). El secreto bancario en el derecho español. *Derecho Mercantil XLVI*, (113), pp. 393-399

Maccuzzo, F. (2016). El fin del secreto bancario global: El intercambio automático de información financiera en materia fiscal. *Estudios Internacionales*. Scielo. Vol. 48 N° 184. Santiago de Chile, agosto 2016.

https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-37692016000200006

Malagarriga, J. C. (1970). *El secreto bancario*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Mares C. (2013). La cláusula antielusiva general prevista en la Norma XVI del Código Tributario". *Actualidad Jurídica*. Tomo 235, junio, Lima, pp. 209-213.

Martel Veramendi, M. (2012). La facultad de fiscalización y el debido procedimiento. *La facultad de fiscalización de la Sunat*. Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero. Lima, pp. 165-181.

Martín Queralt, J.; Lozano Serrano, C. y otros (2009). *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Tecnos, Madrid-España.

Martínez de Pisón, J. (2016). *El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional*. Universidad de la Rioja, España. AFD, 2016 (XXXII), pp. 409-430, ISSN: 0518-0872.

Mesones Abanto, M. (2017). Peculiaridades temáticas y legales del secreto bancario y reserva tributaria regulados en la Constitución Política del Perú. *Actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica*. Tomo 285, agosto, pp. 163-172)

Molle, G. (1966). *I contratti bancari*. Milan.

Monroy Cea, C. (2018). *El secreto bancario frente al deber de colaboración con la Administración Tributaria*. Programa conjunto Derecho – ADE. Universidad Zaragoza, Madrid - España.

Moreno Fernández, J. I. (1998). *La discrecionalidad en el Derecho Tributario*. Impuestos II, 1998, España, (Lex Nova, Valladolid). Citado por Sesma Sánchez, Begoña.

OCDE (2000). Mejorar el acceso a la información bancaria por motivos fiscales. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE, Paris. https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/mejorar-el-acceso-a-la-informacion-bancaria-por-motivos-fiscales_9789264481268-es#page1

OCDE (2022). Manual para la Implementación del Estándar de Intercambio Automático de Información de Cuentas Financieras. Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con fines Fiscales. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE, Paris.

https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/aeoi-implementation-toolkit_es.pdf

OECD (2023). Estudios Económicos de la OCDE: Perú 2023. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE. Paris. https://read.oecd-ilibrary.org/economics/estudios-economicos-de-la-ocde-peru-2023_f67c8432-es#page4

Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (2008). *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Palestra, Lima.

Pardin, P. (1990) Le secret bancaire en France. Severin, Louis W. (comp) *Recent Debelopments iin Relation to Bank Secrecy*. Austin: Ladelt, pp. 210

Perea Flores, A. (2021) “*Secreto bancario y reserva tributaria: definición conceptual, tratamiento jurídico en la legislación nacional y legislación comparada*” Informe Temático N° 11/2012-2013 del Área de Servicios de Investigación del Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria, Congreso de la República. Lima.

Rosales Díaz, B. (2012). La discrecionalidad y la facultad de fiscalización: Secreto bancario, ITF y Principios contables. *La facultad de fiscalización de la Sunat*. Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero. Lima, pp. 205-214.

Rosas Castañeda, J. (2015). La facultad de la UIF-Perú para solicitar el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria y bursátil: Propuesta de reforma. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 68, febrero, Lima, pp. 135-173.

Rojo Martínez, P. (2005). Las prerrogativas de la Administración Tributaria: sus facultades discrecionales en la gestión de tributos. *Temas de Derecho Tributario y de Derecho Público*. Palestra Editores, Lima, pp. 479-489.

Ruiz García, J.R. (1988). *Secreto bancario y Hacienda Pública*. Editorial Civitas SA. Madrid.

Sainz De Bujanda, F. (1993). *Lecciones de Derecho Financiera*. Universidad de Complutense, 10ª edic. Madrid.

Sanabria Ortiz, R. (2001). *Derecho Tributario e Ilícitos Tributarios*. Gráfica Horizonte, 5ª edic, Lima.

Sánchez López, M. (2001). *Los deberes de información tributaria desde la perspectiva constitucional*. Centro de Estudios Políticos Constitucionales CEPC. Madrid.

Segura Marquina, P. (2001). Críticas a la facultad de discrecionalidad de la Administración Tributaria. *Ágora*. UIGV. Año 2, julio, Lima. pp. 231-234

Sesma Sánchez, B. (2001). *La Obtención de Información Tributaria*. Asociación de asesores Fiscales. Editorial Aranzadi SA, Navarra – España.

Sichter mann (1965). Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali germanici in tema di segreto bancario. *Banca, borsa e titoli di crédito*, XXVII

Shields, M. (2018) *Era of bank secrecy ends as Swiss start sharing account data*.
Reuters

Simón Acosta, E. (2005). Del fraude de ley al conflicto en la aplicación de las normas tributarias. *Economía, Derecho y Tributación. Estudios en homenaje a la profesora Gloria Begué Cantón*. Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 822-842

Sotelo Castañeda, E. (2004). Sujeción pasiva en la obligación tributaria. *Derecho y Sociedad*. Nº 15. Lima, pp. 193-209.

Soto, V. (2022). Las empresas del sistema financieros en el Perú. A propósito de la Ley 26702. <https://es.linkedin.com/pulse/las-empresas-del-sistema-financiero-en-el-per%C3%BA-prop%C3%B3sito-soto>

Traverso Cuesta, D. (2013). El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: Análisis Constitucional. *Iust Et Verita*. N°47, Lima pp. 318-331

Valdez Ladrón de Guevara, P. (2014). Los acuerdo de Intercambio de Información Tributaria y su implementación en el Perú. *Derecho & Sociedad*. N°43. Lima, pp. 419-433.

Villegas, Héctor B. (2001). *Curso de Finanzas. Derecho Financiero y Tributario* 7ª edic. Depalma, Buenos Aires.

Velásquez Calderón, J.M. y Vargas Cancino, W. (1997). *Derecho Tributario Moderno – Introducción al Sistema Tributario Peruano*. Editora Jurídica Grijley. Lima.

Vogler, R. (2006). *Swiss Banking Secrecy: Origins, Significance, Myth*. Association for Financial History. Switzerland and Principality of Liechtenstein.

Yangali Quintanilla, N. (2015) “*Código Tributario. Aplicación Práctica. Según criterios jurisprudenciales y de la Sunat*” Gaceta Jurídica, Lima.

Zhao, G. (2014). *Why Swiss Banks Can't Be as Secretive in 2014 as 1934*. Global Financial Integrity.

Ziegler, A.; Delaloye, F. y Habib, M. (2005). *Negotiating over Banking Secrecy: The Case of Switzerland and the European Union.*

TESIS

Arteaga Cruz, Stephanie Laune (2021). *La elusión fiscal en los contratos de cesión de posición contractual de cesiones mineras.* (Tesis de maestría) Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú.

Chávez Acero, Vilma (2021). *Intercambio automático de Información financiera y el secreto bancario.* (Tesis maestría). Universidad de Lima, Lima, Perú

Espinoza García, Hugo (2023). *La derogación del Impuesto a las Transacciones Financieras en operaciones realizadas a través de cuentas bancarias otorgadas por las empresas del sistema financiero del Perú.* (Tesis de maestría). Universidad Continental, Huancayo, Perú.

Iannacone Silva, Felipe (2020). *Reforma del principio de inmutabilidad de los actos administrativos tributarios. Hacia una nueva dimensión del derecho tributario peruano.* (Tesis de doctorado). Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú.

García Merino, Susana Fabiola (2023). *Acceso a la información financiera protegida por el secreto bancario y transparencia financiera del Estado Peruano*. (Tesis de doctorado). Universidad de San Ignacio de Loyola, Lima, Perú.

Miní Miranda, José Luis (2015). *Límites a las facultades discrecionales de la Sunat otorgadas por el Código Tributario*. (Tesis de maestría). Universidad de Ciencias Aplicadas, Lima, Perú.

Suárez Zanabria, José Alejandro (2021). *Incidencia del levantamiento del secreto bancario a pedido de la administración tributaria en el ejercicio de sus facultades y la reserva tributaria*. (Tesis de doctorado). Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, Perú.

Zafra Salas, Marco André (2021). *El acceso al secreto bancario y reserva tributaria por la UIF, obstáculos y deficiencias*. (Tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.

SENTENCIAS.

- Sentencia recaída en el Expediente N°004-2004-AI/TC. de fecha 21 de setiembre de 2004
- Sentencia recaída en el Expediente N°01219-2003-HD/TC. de fecha 21 de enero de 2004

- Sentencia recaída en el Expediente N°009-2014-PI/TC. de fecha 04 de marzo de 2016
- Sentencia recaída en el Expediente N°922-2021-PI/TC. de fecha 11 de noviembre de 2021
- Sentencia recaída en el Expediente N°06089-PA/TC. de fecha 17 de abril de 2007
- Sentencia recaída en el Expediente N°04168-2006-PA/TC. de fecha 24 de setiembre de 2008.