

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



El acceso al secreto bancario y reserva tributaria por la UIF,
obstáculos y deficiencias

Trabajo de investigación para obtener el grado académico de Magíster
en Derecho de la Empresa que presenta:

Marco André Zafra Salas

Asesor:

Bruno Edoardo Debenedetti Lujan

Lima, 2021



Dedicatoria

Con ustedes no existe tristeza, cada paso en mi vida está lleno de amor, alegría y dicha, son el motivo y razón que ha permitido que llegue hasta aquí, gracias por todo a mi esposa e hijas

Este trabajo es una carta al cielo dedicado a mi madre, persona que tuvo paciencia, entrega y amor, gracias por todo.

Autor: Marco Zafra

RESUMEN

En la actualidad la UIF (Unidad de Inteligencia Financiera) debe lidiar con un obstáculo constante e interminable en el cumplimiento de sus funciones, que es el acceso indirecto al secreto bancario y reserva tributaria, aspecto legal que se encuentra establecido en el art. 2 inc. 5 párrafo segundo de la Constitución Política del Perú de 1993, que establece la necesidad de autorización judicial que permita acceso al contenido total o parcial de la información relevante del secreto bancario y reserva tributaria, este acceso no permite que la UIF pueda actuar de forma eficiente y celeridad en la investigación o sospecha de casos relacionados a lavado de activos y financiamiento del terrorismo, esta deficiencia se sustenta en el tiempo excesivo que debe esperar la UIF para acceder a la información, tiempo que se desarrolla entre un mínimo de 2 y máximo de 32 días, por ello se exhorta al legislador a realizar una modificación y variación en el acceso al secreto bancario y reserva tributaria, para ello se recurre a dos enfoques metodológicos que son el constitucional y el método comparado, el enfoque constitucional ha permitido realizar una ponderación entre el derecho a la intimidad por el contenido íntimo de los derechos de secreto bancario y reserva tributaria en contraposición con la defensa de la persona humana y del Estado peruano, enfoque que ha demostrado la posibilidad de vencer el aspecto íntimo de ambos derechos (secreto bancario y reserva tributaria); el método comparado ha permitido analizar la realidad de 4 países como son Colombia, Chile, Argentina y Uruguay y las realidades de cada país en comparación a Perú, analizando la legislación vigente de cada país, ante una imposibilidad de modificación legislativa inmediata se opta por la continuidad de los MOUS (Memorándums de entendimiento internacionales) que realiza la UIF para acceder en el menor tiempo posible al secreto bancario y reserva tributaria.

ÍNDICE

RESUMEN	1
ÍNDICE	2
PROBLEMA	4
HIPÓTESIS	8
PLANTEAMIENTO DE OBJETIVO	10
PRESUPUESTO DE ENFOQUE METODOLÓGICO	10
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	11
1.1 El derecho al Secreto Bancario y Reserva Tributaria en el Perú y en la Constitución Política del Perú de 1993	11
1.1.1 Aspectos históricos del secreto bancario	11
1.1.2 Diferencia entre el secreto bancario y reserva bancaria	11
1.1.3 El secreto bancario y sus límites	12
1.1.4 La reserva tributaria en el Perú	12
1.1.5 El secreto bancario y reserva tributaria en el Perú	14
1.2 El derecho a la intimidad, restricción o limitación del Secreto Bancario y Reserva Tributaria, normativa correspondiente y conexas.	15
1.2.1 El derecho a la intimidad y el secreto bancario	15
1.2.2 Levantamiento del secreto bancario: Principio de razonabilidad y proporcionalidad.	22
1.3 Historia e importancia de la UIF por temas de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cumplimiento de su labor frente al secreto bancario y reserva tributaria	24
1.3.1 UIF grado de cumplimiento técnico de la evaluación mutua del Perú año 2017/2018 por la GAFILAT	26

1.3.2	Información estadística de la UIF en lavado de activos y financiamiento del terrorismo	27
1.3.3	El delito de lavado de activos y su relación con el secreto bancario	29
1.3.4	Bienes jurídicos protegidos relacionados al delito del lavado de activos	29
1.3.5	Financiamiento del terrorismo	31
1.3.6	Deficiencia en los sistemas y mecanismos de interconexión interinstitucional	34
1.4	Memorándums de entendimiento, solución de la UIF al acceso indirecto al secreto bancario y reserva tributaria	35
1.5	Análisis capítulo I	37
	CAPÍTULO II: ESTADO DEL ARTE	39
2.1	Problema de Investigación	39
2.2	Enfoque metodológico	40
2.2.1	Enfoque metodológico constitucional	40
2.2.2	Enfoque metodológico del método comparado	50
2.2.3	Cuadro Comparativo de secreto bancario y reserva tributaria de países que forman parte y no de la OCDE	52
2.2.4	Análisis de cuadro comparativo	58
	CAPÍTULO III: DISCUSIÓN	64
3.1	Presentación y análisis de los resultados	64
	CONCLUSIONES	74
	BIBLIOGRAFÍA	78

PROBLEMA

La Constitución Política del Perú de 1993 en el Art. 2 reconoce una serie de derechos fundamentales que toda persona posee y goza. El derecho al secreto bancario y reserva tributaria (Art. 2 Inc. 5 párrafo segundo) son derechos que fueron acogidos en el Decreto Supremo 637 en el año 1991 por el Perú, esto de forma previa a la inserción de ambos derechos en la Constitución Política del Perú de 1993.

Los orígenes del secreto bancario y reserva tributaria se remontan al derecho anglosajón (*common law*), su adopción e implementación contractual ha llevado a considerar el contrato como un acto y norma, podemos entender que el contrato es un acto voluntario que los contratantes realizan de forma voluntaria y que cuando se hace referencia a la norma es el resultado normativo o reglamentario por el que se obligan los contratantes, esto debe ser entendido como el cumplimiento y respeto por los contratos y costumbres entre las partes.

Ambos derechos se relacionan de forma directa con el derecho a la intimidad (Art. 2 Inc. 7) si y solo si, la información obtenida permita armar un mosaico o aproximación que revele un contenido de la esfera íntima personal, contenido que deberá ser de intimidad media y no superficial e irrelevante, ya que de tratarse de simples datos estadísticos, tributarios o de información que no exhiban intimidad no existirá relación alguna con el derecho a la intimidad, por ello, de existir una relación se deberá comprender que, de darse un supuesto de restricción o limitación a derechos fundamentales esta decisión deberá poseer una argumentación jurídico constitucional ponderativa o legislativa, que permita demostrar que solo se optará por esta vía siempre que los bienes jurídicos protegidos sean de un interés superior para el Estado peruano y sus miembros.

La decisión restrictiva o limitativa debe poseer fundamentos cimentados en principios de proporcionalidad y razonabilidad. Si bien estos derechos pertenecen a la esfera íntima de toda persona y según lo establecido por el Tribunal Constitucional del Perú Exp. 000004-2004-AI/TC, resulta aceptable su uso y restricción para fines legítimos constitucionales.

El Perú desde el año 2008 ha ido adecuando y modificando normativa que regulan las formas de acceso al Secreto Bancario y Reserva Tributaria, normas como la Ley N°26702 (Ley General del Sistema Financiero y Sistema de Seguros) y la Ley N.º 27693 con su reglamento (ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera - UIF); estos cambios buscan incidir de forma directa en temas vinculados a la lucha y erradicación del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo. La normativa descrita confiere a la UIF la potestad de solicitar información que considere relevante relacionada al Secreto Bancario y Reserva Tributaria a las entidades competentes que custodian esta información, siendo la primera entidad la SBS (Superintendencia de Banca y seguros – Secreto Bancario) y la segunda entidad SUNAT (Superintendencia Nacional de Aduanas y Tributos – Reserva Tributaria).

La potestad conferida a la UIF es considerada como acceso indirecto; esta forma de acceso en el Perú establece que, para poder acceder a información relacionada al secreto bancario y reserva tributaria es necesaria la participación y autorización de un juez en un plazo de 48 horas.

El plazo descrito aparenta ser un tiempo considerable y eficaz, ante el cumplimiento de las funciones de la UIF en la lucha contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, la razón que lleva a afirmar esta posible apariencia se sustenta en que el plazo en cuestión resulta ser extenso o innecesario en el acceso al secreto bancario y reserva tributaria, esto se debe a la era digital que atraviesa el Perú y el mundo, la cual va permitir transferencias y acciones rápidas evasivas en plazos muy cortos o largos (minutos, horas, días, semanas o meses), plazos que permitirán la transferencia u ocultamiento de los bienes dinerarios de fuentes ilícitas.

Lo descrito ocasiona un grave daño al Perú por un acceso indirecto al secreto bancario y reserva tributaria; esta forma de acceso se considera indirecto por la necesidad de autorización judicial que requiere toda entidad estatal incluida la UIF para poder tener acceso al secreto bancario y reserva tributaria; autorización que deberá ser solicitada y resuelta en un plazo que no exceda las 48 horas por el juez competente, que a su vez ordenara que la entidad competente haga la entrega de información requerida y autorizada en un plazo que

no exceda los 30 días en beneficio de la UIF teniendo como fin el cumplimiento de su misión que no es otra que la lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del terrorismo.

Los daños al Perú se sustentan en los informes y boletines emitidos por la UIF respecto a cada periodo anual, documentos que analizan, informan y estudian la introducción de bienes dinerarios y no dinerarios de fuente ilegal al sistema económico peruano, con la única finalidad de dar apariencia de legalidad a los bienes, ya sea por transformación, ocultamiento entre otros, hechos que repercuten en desmedro de la sociedad y del estado Peruano, esto por el incremento de comportamientos o acciones delictivas vinculadas al Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

El Perú ante el crecimiento de delitos conexos al Lavado de Activos y Financiamiento del terrorismo ha buscado fortalecer sus instituciones y mecanismos como la UIF (Unidad de Inteligencia Financiera), con la ayuda de países o instituciones que sufren o han sufrido de problemas similares, que, si bien puedan ser situaciones sociales, culturales o de educación distintas a la realidad del Perú, tienen similitud en cuanto a los problemas.

Las recomendaciones tienen sustento en las experiencias de países y miembros de la OCDE, que son de gran utilidad para el Perú; recomendaciones como las de la OCDE otorgan una guía y pautas a todo país que desee adherirse a dicha institución, dándole una serie de lineamientos de cómo deberá conducir la variación del acceso indirecto por un acceso directo, entendiéndose este último como la eliminación de requisitos para el acceso al secreto bancario o reserva tributaria por parte de entidades autorizadas.

En la actualidad la UIF (Unidad de Inteligencia Financiera) ante la ausencia de una modificación sustancial en cuanto al acceso al Secreto Bancario y Reserva Tributaria en su lucha contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, ha suscrito convenios que le permiten un fortalecimiento institucional que busca un acceso con mayor celeridad por medio de la colaboración con instituciones públicas y privadas como son:

- Banco de la Nación
- Contraloría General de la República

- INTERBANK, RENIEC, INDECOPI, SUNARP, ONPE, OSCE, SMV, APCI, MINDES, SUNAT.
- Programa de Apoyo a la Creación y Desarrollo de las UIF en América del Sur – BID-CICAD/OEA
- La República de Colombia
- Oficina de Asistencia Técnica (OTA) del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América
- Drug Enforcement Administration (DEA)

El Perú en una búsqueda constante que lo lleve a combatir el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo desde el año 2008 se presentó y fue aceptado e incorporado como miembro observador en el Comité de inversiones – OCDE, la admisión forma parte de un paquete de estímulos vinculados a la economía, siempre que se siga con el procedimiento establecido para formar parte de dicho organismo.

Al ser aceptado como miembro observador por la OCDE ha recibido una serie de consejos y experiencias de los países miembros, que se relaciona de forma estrecha y directa con cambios necesarios que debe realizar el país; cambios como la criminalización autónoma y la fiscalización de transacciones, siendo que, en la actualidad queda pendiente la flexibilización del secreto bancario y reserva tributaria, cambio que requiere una variación del acceso indirecto a directo que permita fortalecer a la institución UIF en su misión.

Dentro de nuestro continente países como Chile y Colombia han logrado su incorporación a la OCDE, ambos países han logrado flexibilizar el acceso indirecto al Secreto Bancario y Reserva Tributaria entre otros cambios necesarios. Chile por su parte tuvo su ingreso en el año 2010, lo que ha permitido mejoras económicas, políticas y de otra índole, Colombia por su parte ha formalizado su ingreso el año 2020.

Argentina, Uruguay y Perú por ahora tienen un programa específico de cooperación, el cual año a año proporcionan colaboración por medio de publicaciones, comités, redes de

dialogo político entre otros. Todos estos países aún no han logrado flexibilizar el acceso al secreto bancario y reserva tributaria.

HIPÓTESIS

El acceso indirecto se encuentra establecido en el párrafo segundo inc. 5 del Art. 2 de la Constitución política del Perú, el acceso indirecto genera problemas de acceso rápido, eficiente y de interconexión en las labores encomendadas a la UIF, que dificulta y entorpece el cumplimiento de la misión institucional de esta entidad gubernamental en su lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, con una repercusión directa en el desarrollo del país por falta de acciones inmediatas contra delitos como el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y evasión tributaria que desencadenan una serie de delitos conexos.

Se vincula y relaciona de forma directa con los plazos excesivos en que debe incurrir la UIF (plazo de 2 a 32 días aproximadamente) para obtener la información relacionada al secreto bancario y reserva tributaria, lo que afecta al desarrollo del país por el impedimento constitucional de acceso directo a ambos derechos.

Por ello se deberá analizar la posibilidad de una flexibilización del acceso indirecto al secreto bancario y reserva tributaria, entendiéndose esto como un cambio de acceso indirecto por un acceso directo en beneficio de la UIF y de otras instituciones autorizadas que requieren la información contenida en ambos derechos para el cumplimiento de sus funciones, cambio que permitirá un acceso oportuno, eficiente y eficaz de la UIF sin que medie o necesite una autorización judicial o de otra índole. Esta posibilidad de variación de acceso indirecto a directo conllevaría a una serie de beneficios a corto, mediano y largo plazo para el país y sus integrantes.

El cambio de acceso indirecto a un acceso directo va a permitir una reducción paulatina en temas relacionados a las competencias de la UIF (lavado de activos y financiamiento del terrorismo); la modificación principal es la comprendida en el Art. 2 inc.5 de la Constitución

Política del Perú, inciso que establece las excepciones explícitas de acceso al contenido de los derechos de secreto bancario y reserva tributaria, que guarda relación con el Art. 3-A del Decreto Legislativo N°1249, que modifica el reglamento de la Ley N°27693 que establece un plazo de 48 horas al juez para aceptar o denegar el pedido de acceso al contenido de ambos derechos.

Sera necesario un análisis que permita obtener una solución inmediata y eficiente que logre otorgar un mayor dinamismo a la UIF en el acceso al secreto bancario y reserva tributaria en el menor tiempo posible, ya sea suprimiendo, cambiado o estableciendo acuerdos colaborativos de acceso, por estar vinculado en la investigación de delitos como:

- Lavado de activos en agravio del estado: delito que da apariencia de origen lícito a bienes dinerarios o no dinerarios, que son producto de delitos (tráfico de drogas, corrupción, trata de personas, secuestros y otros), insertando este dinero en la sociedad y contribuyendo con corromper a la sociedad y al estado mismo.
- Financiamiento del terrorismo: acción económica que busca ayudar o intervenir de forma directa o indirecta, en el apoyo de actividades, elementos o grupos terroristas.
- Corrupción: si bien la corrupción es el abuso del poder en beneficio de uno mismo por estar vinculado al gobierno, este se relaciona con el lavado de activos por intentar dar apariencia de legalidad a bienes dinerarios o no dinerarios provenientes de fuentes desconocidas o ilegales.
- Baja recaudación tributaria: la baja recaudación se relaciona al no saber la procedencia del dinero, lo cual refuerza la informalidad y el contrabando, actividades que no tributan y causan daños económicos al país.
- Calculo incorrecto de tributos: la falta de interconexión entre instituciones estatales no permite conocer los montos y cantidad de bienes dinerarios y no dinerarios reales de cada persona, así como su origen, lo que dificulta un cálculo correcto en los tributos a pagar por cada contribuyente tributos como el IGV (impuesto general a las ventas) e Impuesto a la renta que según el último informe del MEF “la evasión tributaria alcanza el 36% del total del IG y el 57% del impuesto a la renta” (El Comercio, 2018).

PLANTEAMIENTO DE OBJETIVO

- Elaborar los lineamientos de una propuesta legislativa que sirva de fundamento al legislador a una propuesta Político Constitucional legislativa, que otorgue dinamismo a la UIF en el cumplimiento de su misión institucional en la lucha de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo y delitos conexos, intentando demostrar la necesidad de un cambio del acceso indirecto a un acceso directo del Secreto Bancario y Reserva Tributaria en beneficio de la UIF.

PRESUPUESTO DE ENFOQUE METODOLÓGICO

- **Argumentación Jurídica constitucional:** Este enfoque metodológico se aplicará mediante el análisis de los derechos constitucionales de derecho a la intimidad y defensa de la persona humana y el estado, a fin de delimitar cuando es posible establecer una restricción o limitación a los derechos de secreto bancario y reserva tributaria, sin incurrir en una afectación del núcleo o de la esfera proteccionista de cada uno de los derechos mencionados, evitando una supresión total del derecho vencido.
- **Método Comparado:** Este enfoque metodológico se aplicará comparación constitucional y normativa de países que han realizado una flexibilización o no del acceso al Secreto Bancario y Reserva Tributaria, países como Chile y Colombia que han modificado su legislación son miembros de la OCDE o países como Argentina y Uruguay que al igual que Perú están en proceso de adherirse a la OCDE.

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1 El derecho al Secreto Bancario y Reserva Tributaria en el Perú y en la Constitución Política del Perú de 1993

1.1.1 Aspectos históricos del secreto bancario

El Secreto Bancario tiene su origen en el sistema Jurídico Anglosajón (“*common law*”), este concepto aparece y forma parte de la relación innata de la actividad bancaria, al punto que nace de forma paralela a la constitución y funcionamiento de una empresa o entidad bancaria. Este origen conjunto es llamado “deber de reserva”, el cual obliga a toda empresa o entidad financiera a resguardar toda aquella información relacionada a una persona vinculada contractualmente a la entidad.

Producto de la expansión, adecuación e influencia del *common law* en otros países, el secreto bancario como ley tiene su origen en Suiza en 1934 (ley federal de Suiza), “basado principalmente en la tradición, entendido como un código no escrito” (Alpizar, 2011, pág. 76).

Esto ha ocasionado la aparición de corrientes o Comités (Basilea) que intentan influenciar de forma positiva en el sistema bancario mundial, la influencia que se persigue “no necesariamente tiene que producirse de forma directa – imposición-, pues existen otros mecanismos como el *efecto difusión*” (Alpizar, 2011, pág. 74).

1.1.2 Diferencia entre el secreto bancario y reserva bancaria

El secreto bancario representa la obligación contractual que tiene toda entidad con su cliente, de no divulgar o revelar información que provenga de fuentes económicas relacionados a la esfera íntima del sujeto, aspectos como depósitos, intermediación financiera o algún tipo de captación en la que tenga participación.

Por su parte la Reserva bancaria, es la opción que le permite a la entidad financiera o bancaria revelar información de tipo no confidencial por aspectos netamente comerciales o derechos conexos, si bien esta distinción no está regulada o contemplada en el Perú, si ha sido regulada en Chile por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Circular N°1.695 del 23 de Julio de 1980.

Chile por su parte regula el acceso de información comercial cuando existe un sustento o necesidad contemplada en la Ley que amerite el acceso de herederos, protestos de cheques entre otros.

1.1.3 El secreto bancario y sus límites

El Secreto Bancario si bien es reconocido como un derecho fundamental en la Constitución Política del Perú en su Art. 2 Inc. 5 párrafo tercero, no termina por ser algo absoluto ya que puede sufrir una limitación o restricción a pedido del “Juez, del fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso, con arreglo a Ley” (Constitucion Politica del Peru, 1993).

La Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) de existir indicios de lavado de activos o financiamiento del terrorismo podrá solicitar el levantamiento del secreto bancario al juez penal competente, el cual en el plazo de 48 horas emitirá la resolución que ordene a las entidades bancarias, que remitan la información a la UIF en un plazo no mayor a 30 días calendario.

1.1.4 La reserva tributaria en el Perú

El derecho de reserva tributaria está contemplado en la Constitución Política del Perú de 1993 en el Art. 2 inc. 5, el desarrollo de este derecho se encuentra vinculado al secreto que debe mantener la administración tributaria, referente a toda información que sea considerada relevante de las relaciones jurídicas que puedan sostener las personas naturales o jurídicas.

Este derecho fundamental posee dos raíces constitucionales, la primera raíz es el derecho a la intimidad, establecido en el Art. 2 inc. 7 y la segunda raíz es el derecho al secreto a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, establecido en el Art. 2 Inc. 10.

Los datos económicos de toda persona (natural o jurídica) son de índole personal, por lo tanto, su recolección y/o circulación se encuentra vinculado a una vulneración del derecho a la intimidad y/o del secreto de a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.

Es así que la administración tributaria posee la facultad de recolectar, manejar y usar la información declarada de índole confidencial con fines netamente tributarios, si bien esta información es resguardada con recelo por contener información personal, económica y de tributación, es necesario resaltar el aspecto sensible e íntimo de las personas naturales o jurídicas.

El derecho de reserva tributaria al igual que el secreto bancario son derechos fundamentales no absolutos, ya que son susceptibles de limitaciones bajo los supuestos contemplados en la Constitución Art. 2 Inc.5, a esto se suma la excepción establecida en el Código Tributario en el Art. 85 Inc. A) “se encuentran exceptuadas de reserva las exhibiciones de documentos y procedimientos que ordene el Poder Judicial en materia Tributaria o en los procesos penales” (Codigo Tributario, 2013).

Las excepciones establecidas en la Constitución Política del Perú una vez materializadas por uno de los autorizados (a pedido del juez, Fiscal de la Nación o Comisión investigadora del Congreso) no elimina, suprime ni reduce el aspecto íntimo de toda la información proporcionada por la entidad Administrativa Tributaria, considerando que un acceso del contenido total o parcial forma parte

del derecho a la reserva tributaria y por ello parte del contenido íntimo de toda persona natural o jurídica.

La información contenida en la reserva tributaria es administrada por SUNAT, entidad que bajo su ámbito de competencia tiene la obligación de proteger y administrar toda la información que deriva de este derecho, desde una óptica de exclusividad que puede ser interrumpida por las excepciones explícitas detalladas en la constitución, este ámbito de exclusividad debe ser entendido como una acción de protección, uso o custodia.

De darse el caso de una autorización de acceso parcial o total al contenido del derecho de reserva tributaria sea en beneficio de la UIF u otra institución, esto implica un traslado no solo de información sino también el de obligaciones de no difusión o uso indebido, evitando una ruptura, vulneración o supresión del aspecto íntimo de la persona (natural o jurídica).

1.1.5 El secreto bancario y reserva tributaria en el Perú

En la actualidad el secreto bancario es considerado no solo un derecho si no también un aspecto importante para el desarrollo económico social de un país siendo al mismo tiempo un requisito indispensable de cualquier sistema bancario existente.

La reserva tributaria por su parte está vinculada al aspecto reservado que cada estado soberano les otorga a sus ciudadanos, con respecto a datos de identificación, situación económica e informes que realice la entidad Administrativa Tributaria. Esta entidad tiene en su custodia información relacionada con el patrimonio, impuesto, rentas y datos personales, al ser considerada información confidencial se ha establecido un tratamiento especial y diferenciado.

El secreto bancario y reserva tributaria en la legislación del Perú tiene sus orígenes de forma previa a su incorporación en la Constitución Política del Perú

de 1993, el Secreto Bancario se incorporó al sistema legal Peruano en el año 1902 en el Código de Comercio, normativa que permaneció estática hasta la entrada en vigencia de la Ley de Bancos Ley N°7159, que rigió desde 1931 hasta 1991. El desarrollo constitucional se da a partir de la Constitución Política del Perú de 1979 art. 2 inciso 8, artículo que reconoce el derecho a la intimidad como un derecho fundamental de la persona, si bien no desarrolla el secreto bancario de forma clara o precisa, hace mención a toda información secreta o privada en documentos, de conformidad con la ley de la materia.

La Constitución Política del Perú fue promulgada el 29 de diciembre de 1993, entrando en vigencia el 01 de enero de 1994, incorporando al “Secreto Bancario” y “Reserva Tributaria”; su adhesión a este cuerpo normativo tuvo una trascendencia económica de vital importancia para el desarrollo del país, esto debido a que ambos conceptos fueron considerados como Derechos Fundamentales de toda persona.

1.2 El derecho a la intimidad, restricción o limitación del Secreto Bancario y Reserva Tributaria, normativa correspondiente y conexas.

1.2.1 El derecho a la intimidad y su relación con el secreto bancario

1.2.1.1 Los datos económicos y su vinculación con el derecho a la intimidad

Cuando se habla del derecho a la intimidad es necesario aclarar que este derecho puede ser entendido como una prohibición o restricción a cualquier forma de intromisión ilegítima en la esfera íntima del individuo, limitación que busca evitar un desmedro o vulneración de la esfera íntima personal por parte de un tercero, sea público o privado.

Esta aproximación a una definición del derecho a la intimidad, conlleva de forma necesaria a develar los dos aspectos que forman parte del contenido del derecho a la intimidad, aspectos que son: aspecto material y aspecto jurídico; el aspecto material está vinculado a toda zona

corporal, espacio, estado psíquico, situaciones, datos de información de índole personal, considerados como parte de la intimidad personal de un individuo; el aspecto jurídico por su parte reside en el abanico de facultades que el derecho reconoce y faculta al titular.

Pero la intimidad antes de su desarrollo y reconocimiento jurídico fue y es una realidad social, cultural e histórica, contenido que ha ido cambiando con el transcurso del tiempo y de la sociedad que haya acogido esta idea o noción. Por ende, los conceptos o nociones que formen parte del derecho a la intimidad tienen una relación directa con la sociedad donde se desarrolle, lo cual permitirá una demarcación de los límites y esferas de protección del derecho a la intimidad.

Este desarrollo de influencia social ha permitido que se den una serie de posturas doctrinales a fin de establecer un concepto y contenido del aspecto material del derecho a la intimidad, acciones que han tenido una pugna inicial a fin de establecer si el derecho a la intimidad debe o no ser estático y definido de forma concreta. Hecho que ha sido resuelto en el tiempo considerando el aspecto social y cultural evolutivo de cada lugar.

Esta idea de cambio o evolución del derecho a la intimidad por influencia social o cultural, ha permitido tener un designio, sobre todo aquello que merece ser incluido y por ende protegido en la esfera íntima personal. Argumento que ha logrado incluir y excluir conceptos en el aspecto material de la intimidad.

Esta inclusión ha permitido considerar y acoger a los derechos de secreto bancario y reserva tributaria, derechos que, si bien no forman parte del contenido esencial del derecho a la intimidad, si poseen

contenido íntimo personal, afirmación que ha sido debatida y motivo de disputa en la doctrina; controversia que tuvo como punto de partida el análisis del origen y concepto de si los datos económicos pertenecen o no a una de las esferas de intimidad de la persona.

Algunos autores como Luis Díez-Picazo afirman que “la faceta patrimonial del individuo no está cubierta por el derecho a la intimidad cuando este se hace valer ante los poderes públicos”, citado en (Gallardo, La configuración constitucional del derecho a la intimidad, 2009, pág. 149).

Aseveración que se apoya en el acceso inmediato del poder público (entidades estatales) a información de datos económicos sin restricción u oposición de la persona, ya sea por el cálculo de pago de impuestos o transacciones financieras, esto debido a que, entre los autores de no inclusión de los datos económicos en el derecho a la intimidad, concluyen que los datos económicos no demuestran ni aportan información íntima, si no solo la capacidad de tener o no patrimonio.

Por otro lado están aquellos autores que si consideran que los datos económicos contenidos en el secreto bancario y reserva tributaria forman parte del derecho a la intimidad, esta aseveración no es de forma total, ya que de ser así ningún poder público podría tener acceso a datos económicos personales bajo ningún supuesto, dotando a la persona de un derecho de oposición a que se conozca datos de su realidad patrimonial, hecho que tendría una incidencia directa en la imposibilidad o dificultad de cálculo y cobro de impuestos, así como un comportamiento permisivo y de impunidad a delitos relacionados a lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Autores como Rafael Nogueroles Peiró, Alfredo Menese Vadillo entre otros, optan por lo que consideran una “negación matizada”, ya que para

esta corriente doctrinaria la situación económica personal o en si lo datos económicos no denotan intimidad, salvo que esta información supere el aspecto netamente económico, otorgando información reservada de índole personal o familiar.

Pero esta información que revela aspectos de la vida íntima, es producto de una reconstrucción de piezas, como si se tratase de un rompecabezas, el cual requiere unir de forma articulada información que pueda dar a conocer facetas reservadas de la persona.

Es necesario advertir que la economía en si no pertenece a la intimidad de la persona, si no es la relación que existe entre la economía y la persona, y como esta puede aportar información reservada, ya que el patrimonio es una forma de proyectar la personalidad de un individuo, por ello los datos económicos en si no son susceptibles de aportar información íntima a menos que se articule los datos económicos de forma intencional con el fin de conocer aspectos íntimos de la persona

Estas consideraciones y posturas doctrinales son de vital importancia en la vinculación de los datos económicos con el derecho a la intimidad, producto del acceso al secreto bancario y reserva tributaria por parte de la UIF (Unidad de Inteligencia Financiera), ya que la información que necesita y requiere la UIF en cumplimiento de sus funciones y objetivos no solo son datos económicos, si no información que puedan organizar y evaluar a fin de poder conocer aspectos íntimos personales o familiares, que den como resultado el origen, razón o finalidad del patrimonio de los sujetos investigados y su posible vinculación con el lavado de activos o financiamiento del terrorismo.

1.2.1.2 El derecho a la intimidad en la doctrina, jurisprudencia y normativa

El derecho a la Intimidad personal o privacidad se desarrolla en dos dimensiones por un lado está la esfera social relacionada a la percepción externa de cada individuo de sí mismo y del mundo para sí, de otra parte, está el retorno o regreso al mundo interior del individuo considerando esta parte como todo lo que un ser humano pueda proyectar en una esfera íntima. “Estas dos facetas son inescindibles en el mundo del sujeto, se entrelazarán dialécticamente porque la proyección social de la persona solo será fuente de valores positivos si tiene vida íntima“ (Ramirez, 2018, pág. 135).

El derecho a la intimidad si bien se encuentra establecido en la Constitución Política del Perú de 1993 en su Art. 2 Inc. 7, busca asegurar el aspecto íntimo y confidencial de la vida privada de una persona, que tenga una relación con una entidad bancaria o financiera sujeta a un contrato o a un derecho de reserva por parte de cualquiera de las instituciones reguladas por la SBS.

El titular del derecho a la intimidad en esta relación contractual siempre será toda persona de derecho privado, si bien se encuentran comprendidas dentro de una esfera personal, los derechos de secreto bancario y reserva tributaria pueden sufrir una restricción o limitación comprendida en el Art.2 Inc. 5 de la Constitución Política del Perú.

El derecho a la intimidad es reconocido en la Constitución Política del Perú como un derecho fundamental, que se relaciona de forma directa con otros derechos que se encuentren comprendidos dentro de la esfera íntima o personal de un individuo.

El secreto bancario y reserva tributaria han sido considerados como aspectos de la vida íntima o personal de cada ciudadano, esto desde un punto de vista privado, mencionado en diferentes resoluciones del Tribunal Constitucional (STC N°000004-2004-AI/TC), también se ha sido considerado “que estos derechos no forman parte del contenido esencial de derecho fundamental a la intimidad, los cuales deben ser mantenido desde un margen funcional del elemento de reserva, siempre que sirvan a fines constitucionalmente legítimos y se encuentren dentro de los márgenes de lo informado por la razonabilidad y proporcionalidad” (Derecho a la Intimidad, 2004).

Si bien la información que corresponde al Secreto Bancario y Reserva Tributaria se encuentra en posesión y dominio de entidades públicas y/o privadas, es necesario destacar que su labor es de custodio y no de propiedad, siendo toda esta información propia de la esfera íntima del individuo en particular.

La labor de custodio que desempeñan las empresas del sistema financiero está vinculado al derecho de la protección de datos personales, por estar relacionado con toda acción o relación que una persona posee con la entidad financiera, esta protección de datos personales se sustenta en una serie de principios mínimos producto de la relación contractual.

- Principio de pertinencia: La información o datos deben ser idóneos o útiles para la finalidad que son registrados
- Principio finalista: El uso debe ser coherente con la finalidad que motivo su registro.
- Principio de caducidad: El registro de la información se encuentra sujeto a un tiempo de caducidad, sea información positiva o negativa.

- Principio de veracidad: La correspondencia de los datos personales con la realidad.
- Principio de exactitud: Se relaciona con el principio anterior en tanto y en cuanto se exige que la información personal sea exacta acorde a la realidad.
- Principio de lealtad y licitud: La recopilación de información se realice por medios legales sin incurrir en malas prácticas.

El derecho a la intimidad se encuentra reconocido a nivel internacional como un derecho fundamental universal, en apartados como los siguientes:

- Declaración Universal De los Derechos Humanos – Art. 12
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – Art. 17
- Convención Americana sobre Derechos Humanos – Art. 11
- Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales – Art.8

El Secreto Bancario Y Reserva Tributaria en el Perú, se encuentran comprendidos en la normativa respectiva y correspondiente, que es la siguiente:

- Ley 26702 Ley general del Sistema Financiero y Sistema de Seguros
- Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros
- Código Tributario (Aprobado por Decreto Supremo N°135-99-EF).
- Ley 27693 UIF (Unidad de inteligencia Financiera)

1.2.2 Levantamiento del secreto bancario: Principio de razonabilidad y proporcionalidad.

Los bienes constitucionales como el Secreto Bancario deben ser sometidos a técnicas de ponderación como método de análisis y resolución de conflictos constitucionales, que presupone una posible colisión entre dos derechos fundamentales de la persona, este acto parte de poder entender y reconocer el acto que presupone una colisión de derechos, a fin de dilucidar el contenido esencial de cada uno de los derechos constitucionalmente protegidos. Por ello ponderar no es sinónimo que derive en una conclusión de fijar o establecer un tipo de jerarquía de derechos, sino es realizar una conjugación de los bienes jurídicos protegidos que se encuentren en tensión por una colisión, intentando sopesar su eficacia y respeto en su máxima expresión.

Para ello será necesario realizar una distinción entre derechos fundamentales de índole común y derechos fundamentales supremos, lo cual resulta complicado al momento de establecer cuál de los derechos termina por tener una supremacía por sobre el otro.

Desde otra perspectiva se tiene otra forma de solución al conflicto, que resulta ser el Test de Proporcionalidad, el cual está conformado por un trípede conceptual que pueda permitir una solución a una colisión de derechos, lo que implica que se debe establecer un orden evaluado relativo al caso en concreto que pueda determinar la preferencia de un derecho sobre otro. El trípede en mención esta conforma por:

- Adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido (subprincipio de idoneidad).
- Necesidad de utilización de esos medios para el logro del fin (subprincipio de necesidad).
- Proporcionalidad entre medios y fin (subprincipio de proporcionalidad).

Sub-Principio de Idoneidad: este subprincipio busca optimizar la vinculación de los derechos fundamentales dentro de las posibilidades jurídicas en cuestión. Que resulta en una intervención por parte de la autoridad competente para ver una serie de derechos fundamentales, para que pueda ser considerada una intervención idónea deberá ser adecuada y proporcional en respeto de los derechos constitucionales, este subprincipio elabora un examen de idoneidad, intentando dilucidar tres aspectos importantes que son:

- La medida a ser adoptada deberá desarrollar un fin
- El fin desarrollado tiene que ser posible, desde una perspectiva encuadrada constitucional.
- La medida debe ser necesariamente adecuada para concretar el fin que persigue y que pretende alcanzar

Subprincipio de necesidad: El subprincipio de necesidad significa que toda intervención que versa sobre un derecho fundamental constitucionalmente protegido, deberá ser una correcta forma de elección desde un aspecto considerativo como el menos lesivo o el que pueda causar la menor afectación posible, de entre un abanico de posibilidades de intervención.

El Subprincipio de necesidad tiene su fundamento en que la actuación e intervención por parte de la autoridad competente será idónea siempre que las consecuencias de su decisión sean las más benignas en todo el proceso de la colisión de derechos fundamentales.

Cuando el análisis en cuestión sobre la materia logra pasar el subprincipio de Idoneidad, debe ser abordado por el presente, considerando lo establecido por el Tribunal Constitucional.

“Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad” (Proceso de Inconstitucionalidad, 2006).

Subprincipio de proporcionalidad: Este Subprincipio, precisa que toda posible intervención de un derecho fundamental constitucionalmente protegido se justifica si y solo si, la importancia y necesidad de una de una intervención por la autoridad competente busca satisfacer otro derecho o principio fundamental protegido,

Si bien este subprincipio consiste en la valoración de las posibles ventajas y desventajas que se puedan ocasionar por toda restricción, supresión o limitación de un derecho fundamental, debiéndose considerar la protección de otro derecho constitucionalmente protegido.

1.3 Historia e importancia de la UIF por temas de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cumplimiento de su labor frente al secreto bancario y reserva tributaria

La Unidad de Inteligencia Financiera del Perú es la entidad estatal que depende de la SBS encargada de recibir, analizar, manejar y transmitir toda información que considere relevante para la detección y lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

Al mismo tiempo tiene la función de proporcionar la ayuda que sea necesaria a todos los sujetos obligados a denunciar, detectar y reportar toda acción sospechosa que pueda ser vinculada al Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

Fue creada en el año 2002 por la Ley N°27693, incorporada en la Superintendencia de Banca y Seguros, contando solo con autonomía funcional y técnica, está conformada por 6 departamentos

- Departamento de Análisis Operativo
- Departamento de Análisis Estratégico
- Departamento de Prevención
- Departamento de Supervisión
- Departamento de Evaluación
- Departamento de Coordinación

Funciones y competencias

- Recibir y analizar Reportes de Operaciones Sospechosas
- Emitir informes de Inteligencia Financiera y entablar comunicación con el Ministerio Publico
- Realizar investigaciones conjuntas con el Ministerio Publico, Contraloría General de la Republica y SUNAT.
- Emitir informes de análisis estratégico
- Capacitación a sujetos obligados de forma periódica
- Emitir normas estableciendo obligaciones, infracciones, sanciones para sujetos obligados
- Coordina la supervisión del Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.
- Ejecución del plan anual anti Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

Esta entidad tiene la obligación de velar y prevenir toda acción que tenga relación con el Lavado de Activos y Financiamiento del terrorismo, pero los plazos a los cuales se encuentra sometido son extensos, considerando lo establecido en el Art. 3-A de la Ley N°27693, que señala que para poder acceder al secreto bancario requiere de la autorización de un juez penal, de ser concedida dicha autorización, el juez remitirá su decisión a la entidad bancaria o financiera para que en un plazo no mayor a 30 días pueda cumplir con entregar la información.

Estos plazos en la práctica terminan por ser extensos para el cumplimiento de las obligaciones de UIF, lo cual no es otra cosa que un acceso indirecto al Secreto Bancario y/o Reserva Tributaria.

Este tipo de acceso no permite un desarrollo eficiente por parte de la UIF en cumplimiento de sus funciones, este fundamento tiene un sustento en las experiencias de otros países y de la OCDE, que si bien resaltan las intenciones de este acceso también señalan las limitaciones que posee.

La limitación más importante se relaciona con la época por la cual atraviesa el mundo entero y el sistema financiero, que no es otra que la época de la modernidad, en la cual las operaciones financieras y bancarias son realizadas por medio de aparatos electrónicos conectados a internet, los cuales permiten realizar transacciones en cuestión de minutos u horas de forma continua. Estas acciones van a ir en desmedro de las investigaciones y seguimientos que pueda realizar la UIF por tener tendencia a desaparecer con facilidad y rapidez.

Por ello un acceso indirecto al Secreto Bancario y Reserva Tributaria sujeto a un plazo condicionado va a impedir que lucha contra delitos como el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo sea óptimo.

1.3.1 UIF grado de cumplimiento técnico de la evaluación mutua del Perú año 2017/2018 por la GAFILAT

La UIF tiene a su cargo el cumplimiento técnico de la evaluación nacional contra temas de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, este proceso de evaluación comprende 5 etapas que son

- Visita de pre –evaluación
- Absolución de cuestiones
- Evaluación in situ
- Visita cara a cara
- Aprobación del informe final

Este proceso está a cargo de un equipo técnico evaluador de diferentes países, conducido por la GAFILAT y un grupo de expertos evaluadores de diferentes países conducido por el Fondo Monetario Internacional o Banco Mundial.

1.3.1.2 Informe de GAFILAT 2017/2018

Si bien el Perú por medio de la UIF se encuentra cumpliendo las observaciones planteadas desde el año 2002, le es imposible realizar todos los cambios necesarios para poder atender las diferentes

necesidades y cambios que requiere en su lucha contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, dentro de los principales hallazgos encontrados en esta evaluación se deben considerar los siguientes:

- Se aprecian diferentes niveles de comprensión del riesgo de LA/FT, lo que repercute en la implementación de políticas de mitigación específica.
- Falta desarrollo y formación de equipos multidisciplinarios de investigación de delitos complejos y fortalecimiento de peritos, expertos y asesores para la investigación de delitos de LA/FT.
- Identificar los activos provenientes del narcotráfico y determinar la amenaza que representa al exterior del país, que mecanismos utiliza al interior del país.

Los parámetros y lineamientos establecidos en la Ley N°27693 dificultan el accionar célere de la UIF, esto por el exceso de plazos que debe cumplir para poder acceder de forma válida y legal a la información solicitada, estos hechos no solo dificultan la misión que debe cumplir esta institución, sino también los riesgos que implica un acceso lento, tardío o deficiente. Riesgos que se materializan en la dispersión, desaparición o transformación de los bienes de procedencia ilegal.

1.3.2 Información estadística de la UIF en lavado de activos y financiamiento del terrorismo

La UIF de forma mensual actualiza una estadística en temas de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, desde el año 2011 en donde se ve la evolución del número de ROS (Reportes de operaciones sospechosas) hasta la actualidad en el año 2020.

El Informe técnico demuestra que de un total de 79,916 casos desde el 2011 al 2020 solo han sido sentenciados un total de 141 casos en temas relacionados al lavado de activos y 4 relacionados al financiamiento del terrorismo.

En este contexto es importante entender que la realización de ROS no es un prejuizamiento por parte de la UIF, este Reporte de Operaciones sospechosas proviene en su mayoría de la información remitida por las entidades obligadas de remitir cualquier duda o sospecha a la UIF, por ello debe ser tomada y entendido desde un punto de vista cauteloso y no condenatorio.

Por ello la UIF al recibir los ROS (reporte de operaciones sospechosas) lo hace hasta un 70% del total de la información, donde el 30% restante está resguardado por el derecho al Secreto Bancario y Reserva Tributaria, que deberá ser levantado por una autorización judicial en un plazo de 48 horas, en caso de tener acceso o no a esta información la UIF remite el ROS a la fiscalía para que dicha institución pueda realizar su labor.

La UIF cuenta con otra desventaja cuando se trata de realizar el ROS que tiene como inicio la colaboración de información por parte de los sujetos obligados, ya que solo tiene acceso directo a la información reportada por la entidad, no pudiendo hacer cruce de información con todas las instituciones financieras o SUNAT, para ver la realidad y exactitud de cada sujeto implicado en un ROS, siendo necesario para ello esperar 48 horas de la autorización judicial, y hasta 30 días de plazo en el que las entidades están obligadas a emitir la información autorizada, en cuyo caso son tiempos extremadamente altos para el cumplimiento de sus funciones.

1.3.3 El delito de lavado de activos y su relación con el secreto bancario

1.3.3.1

Definición del delito de lavado de activos

El lavado de activos o también llamado blanqueo de capitales es toda acción o actividad destinada a ocultar el origen, fuente y/o destino de dinero u otro activo que haya sido obtenido por una persona producto de una actividad ilegal. Así Víctor Roberto Prado Saldarriaga define al lavado de activos como “el conjunto de operaciones comerciales o financieras que procuran la incorporación al circuito económico formal de cada país, sea de modo transitorio o permanente” (Saldarriaga, 1994, pág. 15).

Podemos entender de forma general que el lavado de activos es la intención que tiene el sujeto implicado en tratar de ocultar o encubrir la naturaleza real y verdadera de la fuente, disposición, traslado y toda propiedad de productos que tengan procedencia ilícita, teniendo como fin primario la conversión de los bienes, frutos o productos a una apariencia de legalidad.

La conversión tiende a usar cualquier medio económico o financiero que busque la absorción y mimetización que logre asemejarse y aparentar legalidad. Es decir, lograr mediante la intermediación personal, financiera o de otra índole que el crimen organizado logre alcanzar el cometido de convertir riqueza ilegal en legítima que sea de su uso y que se encuentren debidamente registrada sin consecuencia alguna.

1.3.4 Bienes jurídicos protegidos relacionados al delito del lavado de activos

- **Salud pública:** el Lavado de Activos o blanqueo de capitales debe ser castigado y perseguido con el fin de proteger la salud pública; si bien a

primera impresión no tiene lógica se ha demostrado a lo largo de la historia y de nuestra evolución legislativa, que existen delitos que se relacionan de forma directa como son el tráfico ilícito de drogas, trata de personas y proxenetismo.

Si bien ha sido considerado como un bien jurídico protegido, la discusión en la doctrina Hispanoamericana ha planteado una serie de críticas a esta posición, como señala Víctor Prado Saldarriaga “la salud pública implicaría incurrir en un grave error de índole metodológico al confundir el bien jurídico protegido con la *ratio Legis*” (Lopez, 2018, pág. 181).

- **La administración de justicia:** El ocultamiento de los bienes impide el cumplimiento de funciones administrativas de justicia, esto se da mediante la obstaculización el descubrimiento y enjuiciamiento de los hechos, impidiendo el descubrimiento del hecho delictivo.

Las críticas no se hicieron esperar y han sido planteadas de forma diversa siendo la más importante, la que establece que, si bien existe cierta coincidencia entre el delito de Lavado de Activos y el encubrimiento, esto se desvirtúa de forma simple y sencilla en el sentido que ambas conductas poseen aspectos contrarios en cuanto a la finalidad y su sentido concreto. Ya que cualquier delito contra la Administración Pública podría ser considerado dentro de la relación con el Lavado de Activos.

Los mencionados no son los únicos bienes Jurídicos protegidos que han tenido una primera fase de aceptación, para luego ser criticados, analizados y desmembrados, aspectos como i) Orden socioeconómico, ii) La ilicitud de los bienes que circula en el mercado o la libre competencia, iii) Bien jurídico pluriofensivo, han sido considerado en un momento dado como otros bienes jurídicos protegidos.

Es importante hacer una distinción entre bien jurídico y bien jurídico – penal, el primero es entendido como todo interés que debe ser protegido por todo aquello que se encuentre inmerso en una rama del ordenamiento jurídico de un país, por otro lado, el bien jurídico – penal tiene un aspecto restrictivo en cuanto a las conductas que afectan el interés social y que son recogidas en su rama para establecer una protección.

El derecho Penal solo debe buscar protagonismo de intervención cuando el fin sea salvaguardar todo bien que merezca ser protegido ante un ataque que puede dañar, lastimar, lesionar o poner en peligro el bien protegido, esto entendido como la última ratio o recurso (Principio de Subsidiariedad) o la sanción de las conductas o modalidades más peligrosas (carácter de fragmentación del derecho Penal).

Países como Chile y Colombia tuvieron y tienen aún un gran debate en cuanto a la forma de establecer o delimitar cuales son los bienes jurídicos protegidos.

Chile y Colombia tienen una postura del bien jurídico protegido en un sentido pluriofensivo, lo cual lleva como consecuencia el que los intervinientes del delito fuente puedan ser autores del delito de Lavado de Activos, considerando como bienes jurídicos protegidos a: i) la salud pública, ii) Administración de justicia y iii) Socioeconómicos.

Esta postura se asemeja a la del Perú, que, si bien es criticada por no identificar de forma precisa y clara el objeto de protección, este se sustenta en el principio de intervención mínima no teniendo relevancia el derecho penal, ya que solo se castiga el origen criminal.

1.3.5 Financiamiento del terrorismo

El financiamiento del terrorismo involucra toda acción o solicitud que tenga como fin dotar, conceder o insertar bienes de cualquier índole, con la intención de que sean utilizados en forma de apoyo a actos de organizaciones terroristas.

El financiamiento del terrorismo puede ser cometido por toda persona que realice la acción descrita, sin importar la procedencia de los fondos destinados al apoyo, ya sean estos de fuente legal o ilegal, se debe de considerar que este aporte no requiere de una utilización inmediata para que se configure la infracción normativa, ya que el solo financiamiento es razón de persecución y sanción.

Por ello el delito de Financiamiento del Terrorismo se encuentra contemplado en el Art. 4 del Decreto Ley N°25475 modificado por el Decreto Legislativo N°985, artículo que sanciona con un mínimo de 20 años el financiamiento o apoyo del terrorismo.

Si bien el Perú a reglamentado el financiamiento del terrorismo desde el año 1992, no es hasta el año 2012 que ha implementado un plan nacional contra el LA/FT (Lavado de activos y Financiamiento del Terrorismo), esto mediante una guía de reformas legislativas y reglamentarias, así como una adecuación y capacitación constante de las instituciones Públicas, para ello se ha ido ordenando la asignación de recursos de manera eficiente y paulatina a las instituciones estatales.

Es importante resaltar que el Perú no realiza una lucha contra el financiamiento del terrorismo de forma aislada o individual, por ello el Perú sigue los consejos y recomendaciones de la comunidad Financiera Internacional y GAFILAT que han puesto al LA/FT (Lavado de activos y Financiamiento del Terrorismo) como temas de interés prioritario, ya que ambas acciones pueden minar o dañar la estabilidad financiera de un país tanto desde el interior como del exterior, esta última se verá afectada por la disminución o desaliento de la inversión extranjera.

Considerando los aportes dados por entes internacionales es importante considerar la era digital y de interconexión que atraviesa el mundo, los problemas que se presentan en estas materias son considerados de interés global,

debido a que países con un sistema débil en LA/FT (Lavado de activos y Financiamiento del Terrorismo) son blanco de interés para mover capitales ilegales.

Por lo descrito se puede llegar a entender que el terrorismo constituye una de las principales preocupaciones a nivel mundial por ser una amenaza latente contra la seguridad y paz global, así como todo financiamiento representa un problema latente y de observación obligatoria por parte de todos los países debido a que esto contribuye a aumentar el peligro y poder del terrorismo, incrementando la probabilidad de darse acciones.

Es necesario entender que aun cuando exista ausencia de acciones directas terroristas, también se pueden dar acciones indirectas en aspectos como:

- Reclutamiento de fuerzas terroristas
- Expansión del territorio terrorista
- Adoctrinamiento ideológico
- Adquisición de armas o instrumentos para uso terroristas

Considerando los escasos recursos con que cuenta el estado Peruano para su lucha contra el financiamiento del terrorismo es de suma importancia el rastreo, detección e incautación de bienes o ganancias terroristas, estas acciones poseen un doble beneficio, por un lado debilita la estructura organizativa y económica de las agrupaciones terroristas y por otro nutre al estado de fuentes de ingreso adicional no contempladas, que le sirven para fortalecer la seguridad y la lucha contra el financiamiento del terrorismo.

En la actualidad la entidad encargada de decomisar y dar uso a los bienes incautados por delitos de LA/FT (Lavado de activos y Financiamiento del Terrorismo) es el PRONABI.

1.3.6 Deficiencia en los sistemas y mecanismos de interconexión interinstitucional

1.3.6.1 Informalidad económica

El Perú cuenta con una informalidad Laboral superior al 60%, al mismo tiempo que la mayoría de empresas formales son micro o pequeñas empresas que operan en cierto tramo de forma informal, esto representa grandes desafíos a la hora de establecer políticas públicas en la lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

Si bien el Perú ha identificado esta problemática aún no cuenta con una estrategia sólida y eficaz que permita la disminución de la informalidad, aun cuando existen múltiples estudios estos no han dado lugar a una reforma integral que permita desarrollar de forma conjunta las políticas adecuadas de lucha contra el Financiamiento del Terrorismo.

1.3.6.2 Canales de comunicación

Necesidad de establecer y mejorar canales de comunicación horizontales entre toda autoridad nacional peruana que se relacione o tenga algún tipo de competencia, que permitan facilitar un intercambio rápido, seguro y eficaz de todo aquello que este inmerso, contemplado o sujeto a una investigación por temas de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

La ausencia de una comunicación horizontal clara, precisa y periódica en el Perú no permite la identificación y seguimiento constante de todo desbalance patrimonial que pueda identificar la UIF, aspectos como.

- Secreto bancario, reserva tributaria, bolsa de valores.

- Personas Jurídicas, Fideicomisos, Personas Naturales que se relacionan e involucran con la comisión del delito y ocultamiento de bienes producidos
- Información de bienes inmuebles inscritos en SUNARP.
- Información de bienes muebles registrables en SUNARP.

El intercambio horizontal de información no es suficiente, siendo que se necesita establecer parámetros y reglas cuando se produzca la recopilación informativa entre instituciones, que permita que la transferencia o intercambio sea ágil, de rápida actualización y de fácil almacenamiento en una base central que permita a la UIF o entidades autorizadas su análisis y uso de forma correcta y adecuada.

La ausencia de este cruce de información dificulta la identificación, detección y persecución del lavado de dinero, considerando que se crean fachadas, simulaciones o estructuras con el fin de evadir las investigaciones y justicia, no solo dinamitando la labor de la UIF, sino también evitando que pueda realizar acción alguna.

1.4 Memorándums de entendimiento, solución de la UIF al acceso indirecto al secreto bancario y reserva tributaria

Un memorándum de entendimiento (MOU), es un documento similar a un contrato, que se caracteriza por no vincular a las partes, excepto cuando se establecen cláusulas o acuerdos de contenido confidencial. Esto ha sido de vital importancia para la UIF en el cumplimiento de sus funciones en su lucha contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, lo cual le ha servido para suscribir acuerdos con Unidades de Inteligencia Financiera homologas, así como otras entidades que tengan competencia similar a nivel mundial, esto en un marco de cooperación y colaboración técnica, en temas de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

La UIF (Unidad de Inteligencia Financiera) con base en el “principio de reciprocidad” ha suscrito un total de 52 MOUS (memorándums de entendimiento), esto considerando que la UIF tiene la capacidad de suscribir tanto acuerdos nacionales como internacionales, estos

memorándums de entendimiento internacional tienen como objetivo principal acordar la cooperación entre los firmantes, con la finalidad de intercambiar información, experiencias, tipologías, así como brindar cuando sea requerida la asistencia técnica necesaria, en materia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. El acuerdo de intercambio de información tiene como fin obtener, compartir y analizar información a la que puedan tener acceso, ya sea de operaciones que resulten sospechosas, poco usuales o injustificadas que se relacionen con los delitos mencionados o delitos conexos.

La UIF ha realizados 52 MOUS con instituciones homologas del continente americano, acuerdos que equivalen al 50% del total de acuerdos internacionales suscritos, acuerdos o convenios que van de la mano con la legislación vigente de cada país. Esto permite intercambiar espontáneamente o por solicitud, cualquier información que sea relevante, que la UIF o instituciones homologas tengan en su poder, relacionado a temas de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Adicionalmente las instituciones se comprometen a un tratamiento reservado de la información obtenida, evitando el uso o divulgación de información o documentos obtenidos por medio de los memorándums de entendimiento.

Por otro lado, la UIF a nivel nacional ha suscrito convenios de cooperación interinstitucional, esta forma de convenios acorde a ley, dota a la UIF con la capacidad de poder suscribir convenios con instituciones públicas y privadas; en la actualidad de los 10 convenios suscritos, el 90% son con instituciones públicas, siendo la única institución privada el banco Interbank.

Estos convenios de cooperación permiten que la UIF pueda acceder a información relevante relacionada al secreto bancario o reserva tributaria en un menor tiempo posible, si y solo si de forma previa haya obtenido la autorización judicial requerida, establecida en el art. 2 inc. 5 párrafo segundo de la Constitución Política del Perú.

Estos convenios no permiten un acceso directo al contenido global o esencial de la información relacionada al secreto bancario y reserva tributaria, pero reducen las brechas temporales en la respuesta y acceso al contenido de ambos derechos, hecho que permite por

ahora una acción mucho más célere por parte de la UIF en la lucha contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

1.5 Análisis capítulo I

El Secreto Bancario y Reserva Tributaria fueron acogidos por la Constitución Política del Perú de 1993, hecho que desde una óptica alentadora resulta poco innovativo por haber sido incluido en este cuerpo legal, considerando que su aparición y reconocimiento en la legislación peruana es previa a la vigencia de la constitución Política del Perú de 1993 en cuerpos normativos distintos. El reconocimiento de ambos derechos en la Constitución Política del Perú de 1993 generó un vínculo sólido que consolidó una relación directa con el derecho a la intimidad de la persona establecido en el Art. 2 inc. 7 (Constitución Política del Perú), esto desde una visión dual, tanto externa como interna del individuo.

Este vínculo originó un entrelazamiento entre los tres derechos (Secreto Bancario, Reserva Tributaria y Derecho a la Intimidad), hecho que aun cuando guarda un respeto por el aspecto íntimo del individuo y de su relación jurídica con una entidad privada posee más de un límite, que se encuentra establecido en: la Constitución Peruana de 1993, en la jurisprudencia constitucional Peruana (Tribunal Constitucional) y en las leyes de la materia correspondientes a la relación con entidades financieras (SBS y UIF).

La limitación del Secreto Bancario y Reserva Tributaria posee un sustento y razón amparada en un interés superior del estado y de los miembros que lo conforman, este interés tiene un doble designio, el primero es evitar la introducción, apariencia o simulación de dinero proveniente de fuentes ilícitas, y el segundo es indirecto al ser una forma de lucha contra todo delito generador de dinero proveniente de fuente ilícita, delitos que causan un perjuicio de intereses colectivos o difusos.

Por ello toda persona que posea un desbalance patrimonial y que presuntamente pueda provenir de una fuente ilícita será supervisado e investigado por la UIF (Unidad de Inteligencia Financiera) a fin de esclarecer su licitud u opuesto; entidad que tiene a su cargo toda investigación que considere relevante relacionada al Secreto Bancario y Reserva Tributaria, siempre que se relacione con el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

En cumplimiento de las funciones de la UIF esta entidad puede solicitar información de ambos derechos siempre que un juez abale y autorice la necesidad de poder acceder a la información correspondiente a ambos derechos; esta forma de acceso se denomina ACCESO INDIRECTO por ser necesaria la intervención y autorización de un órgano jurisdiccional; aun cuando esto demande un plazo excesivo por parte de los custodios de la información(entidades financieras), que sumado al plazo legal del órgano jurisdiccional termina por ser un grave peligro al proceso de investigación.

Tiempo y aspectos que van a permitir al investigado poder eludir, disfrazar o distorsionar la procedencia ilegal de los bienes, esto gracias a la tecnología que va a permitir eludir la responsabilidad y la inmovilización de los bienes. “El Acceso Indirecto” (forma de acceso al Secreto Bancario y Reserva Tributaria mediante autorización judicial) es considerado por la OCDE y otros países, como una traba en la lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del terrorismo; tanto la OCDE y otros países que han tenido y tienen éxito en la lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del terrorismo plantean un cambio de acceso, pasar de un “Acceso Indirecto” a un “Acceso Directo”; siempre que este acceso no ocasione un perjuicio en la esfera íntima del individuo, en cuyo caso la entidad encargada de acceder a esta información guarde total respeto y recelo con el contenido de la información.

Optar por un cambio en la forma de acceso es una tarea complicada y nada sencilla, por hablar de dos derechos constitucionalmente protegidos que se relacionan con el derecho a la intimidad, por ello hablar de un levantamiento del Secreto Bancario y Reserva Tributaria necesita de forma indubitable un análisis jurídico constitucional que se sustente en Principios y en un análisis ponderativo a fin de determinar si este cambio no produce una vulneración constitucional y de producirse se está ante un interés y derecho superior.

Una vez realizado el análisis se podrá determinar la necesidad de una flexibilización del acceso al Secreto Bancario y Reserva Tributaria, que permita otorgar una mayor celeridad al cumplimiento de la visión y misión de la UIF, vinculado a su lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, siendo que un cambio en la forma de acceso indirecto por uno directo, no solo tendrá un impacto positivo en la misión de la UIF si no también como una segunda línea de apoyo al estado Peruano en la lucha por la reducción y/o eliminación de los delitos generadores de riqueza ilegal.

CAPÍTULO II: ESTADO DEL ARTE

2.1 Problema de Investigación

La Constitución Política del Perú de 1993 incorporo en los derechos fundamentales de toda persona los derechos de Secreto Bancario y Reserva Tributaria, ambos derechos de forma inmediata establecieron relación con el derecho a la intimidad, esta relación se sustenta en que ambos derechos tienen su origen en el principio denso del derecho a la intimidad, la información de ambos derechos se encuentra contenida y relacionada con la esfera íntima de la persona. Esta relación y origen es absoluto e inquebrantable, pero este origen no implica que ambos derechos no posean un límite legal o ponderativo, cuando se dé una colisión con otro principio denso o derecho fundamental, si se toma en cuenta que, en el caso del Secreto Bancario y Reserva Tributaria es el mismo cuerpo normativo el que establece sus límites, y de ser necesario el Tribunal Constitucional.

El Secreto Bancario y Reserva Tributaria poseen limitaciones constitucionalmente establecidas, esto no implica que no sean susceptibles de ser defendidos y resguardados en su relación con la esfera íntima personal. Pero es este exceso de protección de ambos derechos lo que ha desencadenado en algunos casos impunidad de personas (naturales o jurídicas), por un intento o consolidación de introducir en el sistema financiero y legal, bienes que son producto de una actividad ilícita. Esto ha obligado al estado a crear a la UIF (Unidad de Inteligencia Financiera), entidad encargada de investigar, analizar y combatir toda actividad relacionada al Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

La UIF para poder acceder a toda información relacionada al Secreto Bancario y Reserva Tributaria debe poseer de forma indubitable una autorización Judicial que obligue a toda entidad pública o privada que posea información relevante de una persona natural o jurídica, a hacer la entrega de toda información que posea y que se considere relevante autorizada por el Juez competente, considerando que esta posesión o privilegio informativo no lo convierte en propietario si no en un custodio, producto de una relación jurídica contractual o por el imperio de una norma. Esta forma de acceso a la información es conocida como el Acceso

Indirecto, condicionando la labor de la UIF a la autorización judicial respectiva que obligue a la entidad pública o privada a entregar la información solicitada.

Esta forma de acceso conocido como “Acceso Indirecto” ocasiona en los casos investigados una suerte de impunidad, producto del exceso de espera temporal en el acceso a la información, hecho que ha sacado a relucir el aspecto deficiente y la necesidad de una modificación legislativa que permita un acceso directo que coadyuve la labor, misión y visión de la UIF.

2.2 Enfoque metodológico

2.2.1 Enfoque metodológico constitucional

2.2.1.1 Justificación

El enfoque metodológico constitucional es relevante en la presente investigación por contener derechos de la persona establecidos en la Constitución Política del Perú de 1993 Art. 2 inc. 7 párrafo segundo, derechos que poseen una limitación establecida en la norma en mención, el enfoque constitucional puede dar un esboce que plantee una solución o un camino viable que permita entender la razón y/o necesidad de una limitación de ambos derechos (Secreto Bancario y Reserva Tributaria) ya sea por un contenido explícito o implícito.

Este enfoque permitirá que la presente investigación sea coherente con la hipótesis planteada y con los objetivos que persigue, demostrar la viabilidad de una variación del acceso indirecto por uno directo del Secreto Bancario y Reserva Tributaria, sin que esto implique una vulneración de ambos derechos o del Derecho a la Intimidad.

2.2.1.2 Desarrollo

Cuando se habla de la Constitución Política de un país se debe pensar o quizá entender que se está frente a “un libro público de reglas explicitas” (Manero, 2017) que posee en su contenido total una gama extensa de

derechos y obligaciones aplicables a todo ciudadano que se encuentre comprendido o inmerso en su aplicación, respeto o cumplimiento, esto puede ser entendido como el imperio normativo no solo de la Constitución sino de toda norma existente en un país.

El Derecho al Secreto Bancario y Reserva Tributaria son derechos fundamentales establecidos en el Art. 2 Inc. 5 párrafo segundo de la Constitución Política del Perú de 1993, derechos que fueron acogidos, desarrollados y protegidos por este cuerpo normativo. Es necesario mencionar que ambos derechos no son inherentes al ser humano (Secreto Bancario y Reserva Tributaria), si no son producto de una relación o acto jurídico que da origen a la tutela de ambos derechos, producto de la libertad y voluntad contractual del individuo con agentes externos a su ser.

Ambos derechos se encuentran relacionados con el derecho fundamental a la Intimidad Art. 2 Inc. 7, que, aun cuando los tres derechos fundamentales mencionados (secreto bancario, reserva tributaria y derecho a la intimidad) se encuentran al interior de la Constitución Política del Perú de 1993, no poseen el mismo valor, consideración o respeto, pues esto dependerá de las circunstancias y necesidades de respeto por cada derecho, lo que permitirá realizar una valoración y desarrollo específico que determinará la preponderancia de cada derecho en comparación con el otro.

Los derechos fundamentales poseen una coordinación conjunta y unificada que conduce a un sistema de equilibrio, evitando una jerarquía de derechos que den como resultado una anulación simultánea o preponderancia sin valoración, esto va a permitir evitar una posible anulación mutua y pugna constante.

Esta ausencia de jerarquía posee una explicación basada principalmente en los derechos constitucionalmente protegidos, que son considerados o no inherentes al individuo o ser humano, aspecto que consolida al individuo como una unidad. Esta unidad desemboca en un conflicto doctrinario entre determinar si los derechos fundamentales son absolutos, relativos o mixtos.

Cuando se habla de un derecho fundamental de forma independiente podrá determinarse si este puede ser absoluto o relativo, basado en su contenido y a todo aquello que pretenda proteger este derecho, es necesario esbozar que el absolutismo está supeditado a evitar una vulneración al individuo, pero, cuando se habla del desarrollo o exteriorización que involucra más de un derecho o agente este carácter absoluto encuentra un límite razonable ante una posible colisión propia o ajena.

Cuando se está ante más de un derecho en conflicto, los derechos fundamentales no gozan de una connotación absoluta, pues estos tendrán límites que podrán ser determinados por una interpretación del sistema Jurisdiccional Constitucional o por una restricción legislativa, que permita restringir el ejercicio del derecho en cuestión.

Esta reducción o limitación ha generado un desarrollo constitucional, doctrinal y jurisprudencial, que ha permitido una creación garantista frente a la limitación de ejercicio, la que no permite que la reducción o limitación llegue al núcleo o contenido esencial del derecho (principio irreductible). Lo cual puede ser entendido como el respeto por la esencia o núcleo del derecho fundamental cuando se quiera reducir o limitar su contenido.

La Constitución Política del Perú de 1993 no cuenta con este principio o desarrollo, hecho que es considerado “como un déficit al libro de reglas explícito” (Manero, 2017) que debe ser llenado dependiendo el caso y los

derechos en posible colisión, por una interpretación Jurisdiccional Constitucional o por un desarrollo ponderativo de los derechos en cuestión. El déficit al libro de reglas no solo se considerada a la ausencia de principios, también se considera un déficit por la colisión de derechos, por no poseer parámetros o principios reguladores de una posible contraposición o colisión de derechos.

El Secreto Bancario y Reserva Tributaria poseen y tienen como origen un contenido esencial del derecho a la intimidad, ah ambos derechos legislativamente se les ha establecido formas justificadas que limitan o restringen el contenido de ambos derechos, esta limitación se encuentra comprendida en el Art. 2 Inc. 5 párrafo segundo, que establece que “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 de la Republica con arreglo a Ley y siempre que se refiera al caso investigado”

Esta limitación legislativa también ha tenido un desarrollo Jurisprudencial Constitucional que ha permitido entender de forma más clara la restricción o limitación que pueden sufrir ambos derechos, esto ha sido posible mediante una fundamentación basada en principios constitucionales y valores superiores.

El Tribunal Constitucional Peruano ha desarrollado de forma extensa ambos derechos (Secreto Bancario y Reserva Tributaria) así como los demás derechos fundamentales establecidos en la constitución, este desarrollo ha considerado que los derechos fundamentales no son absolutos ni relativos. Pues esto estará sujeto a la limitación contenida de forma explícita o implícita que se puede desprender del cuerpo legal en cuestión (Constitución Perú).

El contenido explícito del derecho al Secreto Bancario y Reserva Tributaria está establecido en el texto constitucional y el implícito se fundamenta en el derecho de los demás, entendido como un aspecto derivado de la coexistencia del individuo social protegido por la Constitución.

Aunque la constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder constituyente (exp. N°014-2002 AI/TC, 2001).

La limitación contemplada de forma explícita en la Constitución Política del Perú es un supuesto de permisibilidad ante una eventual investigación judicial, fiscal o congresal.

Si bien desde el año 2008 se ha ido modificando, adecuando e incorporando normativa que permita el acceso al Secreto Bancario y Reserva Tributaria, esto ha sido con el fin de otorgarle facultades a la UIF que le permitan desempeñar su labor y objetivos en busca de la lucha y prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

Hecho que acorde a la Ley N° 27693, permite a la entidad acceder a esta información de carácter íntimo de la persona, custodiada por entes privados (Bancos, Financieras o de índole similar) o públicos (Superintendencia de Banco y Seguros – SBS y Superintendencia Nacional de Tributos - SUNAT) siempre que se solicite la autorización judicial y esta sea otorgada en un plazo de 48 horas, ordenando que tanto

instituciones públicas o privadas otorguen la información necesaria y relevante a la UIF en un plazo no mayor a los 30 días.

Esta forma de acceso que tiene la UIF a la información relacionada al Secreto Bancario y Reserva Tributaria es considerada “Acceso Indirecto”, por ser necesario que de forma previa se otorgue la autorización de acceso por parte del Juez de turno, esto implica un grave problema en el cumplimiento de las funciones por parte de la UIF con respecto al cumplimiento de sus objetivos.

Esta forma de acceso y los problemas que acarrea no es un tema nuevo que aqueje solo al Perú, este mal como ha sido denominado por muchos países y organismos ha permitido que el narcotráfico, terrorismo y delitos conexos puedan y tengan el tiempo suficiente para poder ocultar, transformar o dar apariencia de licitud a los bienes productos de actividades ilícitas. Estos problemas han sido abordados en busca de soluciones prácticas que contribuyan a la lucha y reducción de los problemas antes mencionados, la OCDE en una búsqueda de solución colaborativa por los países miembros ha desarrollado una solución, que implica una variación en el acceso indirecto a un acceso directo por parte de la entidad encargada de supervisar, velar y combatir el lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

La OCDE y sus países miembros han obtenido a la fecha buenos resultados producto de la variación en la forma de acceso del Secreto Bancario y Reserva Tributaria, resultados y beneficios que inciden de forma directa en la economía y bienestar del país.

El Perú a la fecha se encuentra en proceso de desarrollo con respecto a la variación del Acceso indirecto por un acceso directo, en favor de la UIF, esta variación implica una modificación legislativa que permita a la UIF un acceso privilegiado, acto que se considera una vulneración del derecho fundamental a la intimidad, que se encuentra directamente relacionado con el Secreto Bancario y Reserva Tributaria.

Una vista Jurisdiccional Constitucional ha determinado que la restricción o vulneración es aceptable siempre que se posea fines legítimos constitucionales. Por lo descrito es necesario dar una vista a la ponderación.

La ponderación se da de forma usual en casos de contraposición de intereses por parte de los individuos entre sí con los intereses del Estado; los intereses del estado deben ser entendidos desde una perspectiva de funcionamiento del Estado en la protección de los derechos fundamentales, por ello, ponderar es la acción de sopesar dos magnitudes a fin de buscar un equilibrio entre los derechos ponderados en colisión.

Cuando se habla de ponderación se hace referencia a los derechos de todo ciudadano, que, el individuo conoce de forma clara que está permitido y que no, cuando una acción pueda ser considerada una vulneración o no a un derecho, este conocimiento permite trazar el plan de vida, que le permita poder tomar decisiones en el corto, mediano y largo plazo.

La determinación de un plan ocasiona que las personas puedan afectar o vulnerar un derecho en ocasiones, y esto es razonable considerando que no todo puede ser previsible o que todo deba estar desarrollado o estipulado en la Constitución, en cuyo caso entra a tallar la ponderación.

La ponderación posee dos alternativas, las cuales son arbitrariedad y discrecionalidad, es necesario precisar cada uno de estos dos conceptos a fin de determinar cómo serán aplicables al Secreto Bancario, Reserva Tributaria y derecho a la Intimidad; la arbitrariedad es una decisión sin base en razones y la discrecionalidad es una decisión que se sustenta en razones justificadas sobre una base de opciones abiertas establecidas en el propio sistema jurídico, por lo que una decisión discrecional no resulta nunca arbitraria, ya que el decisor deberá rendir cuentas de argumentos o razones que justificaron su decisión.

La filosofía moral cuando se trata de ponderación establece un concepto “ligero” a los derechos con contenido valorativo y un concepto “denso” cuando se posee un contenido descriptivo valorativo, según esto solo los conceptos densos pueden ser sujeto de ponderación y los ligeros no podrían ser ponderables.

Esto ha sido discutido y zanjado con el principio de irreductibilidad que, si bien el Perú no posee en su cuerpo Constitucional, el tribunal constitucional ha determinado que los derechos no son absolutos ni relativos, estos dependen de su desarrollo explícito o implícito.

Cuanto mayor sea la no satisfacción o afectación del Secreto Bancario y Reserva Tributaria (derecho a la intimidad), mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro derecho en cuyo caso se está ante el derecho de la defensa de la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado.

Este último se sustenta en que un acceso deficiente o tardío, por parte de la UIF al Secreto Bancario o Reserva Tributaria, va permitir el ocultamiento, transformación o una apariencia relativa de bienes, tratando de hacerlos ver como lícitos, cuando su origen es ilícito.

Es así que la ponderación va a esgrimir una posible solución, basada en diferentes fórmulas o maneras de hacer una valoración de los derechos que se encuentran en pugna, una de las formas es mediante una escala trídica o de tres intensidades que permita medir el grado de afectación que sufre un derecho para un caso en concreto, en el presente caso se está ante una variación del acceso indirecto a un acceso directo por parte de la UIF, sin la necesidad de una autorización judicial, la forma de medición es en una escala valorativa que es “leve”, “medio” o “intenso”.

La escala valorativa va a permitir identificar el aspecto “leve” que presupone la variación del acceso indirecto a un acceso directo por parte de la UIF, otorgándole la facultad de poder acceder de forma directa y

célere a la información custodiada por la SBS, SUNAT y entidades privadas encargadas de custodiar la información íntima relacionada a ambos derechos.

Este acceso directo va a permitir que la UIF pueda realizar un análisis con mayor celeridad de toda información que pueda ser considerada relevante en el cumplimiento de sus objetivos, colaborando de forma inmediata con la fiscalía en la lucha contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Si bien ha quedado establecido en la escala valorativa el aspecto del Secreto Bancario y Reserva Tributaria, es necesario determinar cuál es el derecho en colisión con el derecho a la intimidad inmerso en los derechos descritos, la Constitución Política del Perú en su Art. 1 establece la defensa de la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, esto se encuentra en una escala valorativa de carácter “intenso” pues lo que se busca es el acceso directo de la UIF a la información relevante contemplada en el Secreto Bancario y Reserva Tributaria, que permita evitar, luchar y/o reducir la incidencia en los temas de Lavado de Activos, financiamiento del terrorismo, corrupción, baja recaudación de impuestos u otros delitos que permitan la inserción de dinero ilícito al sistema bancario nacional.

La inserción de dinero ilícito como licito en el sistema bancario, es una forma de contribuir con la comisión de delitos, los cuales no solo perjudican al Estado sino también a la población, por vulnerar o transgredir derechos fundamentales de las personas, en resumen, la sociedad sufre un daño a causa de los delitos descritos.

Si bien la ponderación hoy por hoy es la mejor forma de resolver un conflicto de derechos, existen doctrinarios que sustentan una serie de objeciones a la ponderación, aspectos como:

- La ponderación solo es una fórmula retórica de poder, que carece de un concepto claro y de una estructura, no existiendo criterios jurídicos que puedan garantizar que el conflicto pueda ser resuelto de forma objetiva.
- La ponderación es irracional pues implica la comparación de dos derechos diferentes debido a sus radicales diferencias
- Es irracional pues es imposible poder predecir los resultados, de cada caso en particular, dependerá de las circunstancias de cada caso en concreto.

Esta objeción tiene su fundamento en que no es posible comparar o resolver una pugna por medio de la ponderación, ya que el criterio para resolverlo es netamente subjetivo, aspecto que puede ocasionar un error o vulneración de un derecho. La subjetividad aun cuando se apoya o sustenta en la normativa, termina por ser una valoración que permite determinar la preponderancia de un derecho sobre otro, y esto es objetable por reducir la valoración de cada derecho, cuando en realidad no se puede comparar o valorar dos aspectos totalmente opuestos ya que cada uno actúa en un plano independiente

Aun cuando existe una objeción a la ponderación por algunos doctrinarios esta fórmula de solución de conflicto de dos derechos en colisión, es sin duda por ahora la más cercana a la hora de establecer la preponderancia de un derecho por sobre otro, basado en el respeto y en el menor daño posible.

Es menester advertir que una limitación del origen del Secreto Bancario y Reserva Tributaria (derecho a la intimidad) no implica una supresión total, toda vez que, de ser vencible el derecho a la intimidad solo se realizara un traslado del derecho de custodio de ambos derechos a la UIF, entidad que tendrá la obligación de respetar, cuidar y manejar de forma adecuada toda información relevante o no que forme parte de ambos derechos.

Hecho que deberá ser tomado en cuenta a la hora de ponderar el derecho a la Intimidad como origen del Secreto Bancario y Reserva Tributaria esto en contraposición al Art. 1 que establece la defensa de la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado.

2.2.2 Enfoque metodológico del método comparado

2.2.2.1 Justificación

El enfoque metodológico del método comparado es relevante en la presente investigación, por ser un método que permite recabar información relevante de otros países con respecto a la forma o desarrollo normativo del Secreto Bancario y Reserva Tributaria.

Y la relación que ambos derechos puedan tener con el Derecho a la intimidad, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, permitiendo que se pueda hacer un análisis de la experiencia, inexperiencia o situación actual de los derechos descritos. Hecho que permite comparar la situación actual de Perú y de otros países que atraviesen la misma disyuntiva o que la hayan atravesado.

2.2.2.2 Desarrollo

La presente investigación busca analizar los cambios realizados por los países de Chile y Colombia, países que de forma indistinta accedieron a la OCDE y flexibilizaron el acceso al Secreto Bancario y Reserva tributaria; Chile por su parte realizó una serie de cambios que le permitieron ser parte de la OCDE en el año 2000, dentro de los múltiples requerimientos y observaciones que realizó la OCDE a Chile se encuentran comprendidos el Secreto Bancario y Reserva Tributaria.

La flexibilización de ambos derechos es de suma importancia para la OCDE, por ser un medio que permite la lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, Chile regula el Secreto Bancario en la Ley General de Bancos ley que reconoce y vincula el Secreto Bancario con el derecho íntimo de cada individuo producto de una relación contractual, pero al mismo tiempo establece límites a este derecho que permiten el acceso al Secreto Bancario siempre que la Superintendencia lo apruebe.

La forma de acceso al Secreto Bancario y Reserva Tributaria en Chile es lo que se conoce como un “Acceso indirecto”, hecho que guarda relación con la forma de acceso que posee Perú; esta forma de acceso se aparta de lo ideal o lo recomendado por la OCDE.

Colombia por su parte regula el Secreto Bancario y Reserva Tributaria de forma similar a Perú, mediante la Constitución Política de Colombia de 1991, ambos derechos se encuentran fuertemente vinculados con el Derecho a la Intimidad.

Aun cuando Colombia ha flexibilizado el acceso a la información relevante concerniente al Secreto Bancario y Reserva Tributaria, esta al igual que Chile termina por ser una forma de “Acceso indirecto”.

En el cuadro comparativo se detalla la normativa de ambos países y de forma adicional se desarrolla a los países de Uruguay y Argentina, ambos países poseen una postura pétrea e inamovible cuando se trata de ambos derechos, por ser aspectos netamente vinculados al Derecho a la Intimidad.

2.2.3 Cuadro Comparativo de secreto bancario y reserva tributaria de países que forman parte y no de la OCDE

	Secreto Bancario	Reserva Tributaria
<u>Países que forman parte de la OCDE</u>		
Colombia	<p><u>Constitución Política de Colombia 1991</u></p> <p><u>“Artículo 15.-</u> Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley” (Constitución Política de Colombia, 1991)</p> <p><u>Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero</u></p> <p><u>“Artículo 72.-</u> Reglas de conducta y obligaciones legales de las entidades vigiladas, de sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios. Las entidades vigiladas, sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios, deben obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio al interés público de conformidad</p>	<p><u>Decreto Lev 624 de 1989, Estatuto Tributario Sentencia C-981 de 2005 (declarado exequible)</u></p> <p><u>Artículo 583.-</u> Reserva de la declaración</p> <p>“La información tributaria respecto de las bases gravables y la determinación privada de los impuestos que figuren en las declaraciones tributarias, tendrá el carácter de información reservada; por consiguiente, los funcionarios de la Dirección General de Impuestos Nacionales sólo podrán utilizarla para el control, recaudo, determinación, discusión y administración de los impuestos y para efectos de informaciones impersonales de estadística.</p> <p>En los procesos penales, podrá suministrarse copia de las declaraciones, cuando la correspondiente autoridad lo decrete como prueba en la providencia respectiva. Los bancos y demás entidades que en virtud de la autorización para recaudar los impuestos y recibir las declaraciones tributarias, de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales, conozcan las informaciones y demás datos de carácter tributario de las declaraciones, deberán guardar la más absoluta reserva con relación a ellos y sólo los podrán utilizar para los fines del procesamiento de la información, que demanden los reportes de recaudo y recepción, exigidos</p>

con el artículo 335 de la Constitución Política, para lo cual tienen la obligación legal de abstenerse de realizar las siguientes conductas” (Decreto 663, 1993)

“f) No suministrar la información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, a los usuarios o a los clientes de las entidades vigiladas para que éstos puedan tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas” (Decreto 663, 1993).

Circular Externa 007 de 1996
Superintendencia Financiera

4. RESERVA BANCARIA

4.1 Función de la Reserva Bancaria

“La Superintendencia Bancaria ha considerado que la reserva bancaria es una de las garantías más valiosas que tienen los clientes que depositan en las entidades financieras, a título de secreto, parte o toda su intimidad económica. La bondad del secreto ha sido reconocida por la doctrina y por la

por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público” (Decreto Ley 624, 1989).

	<p>jurisprudencia y por ello los actos que la violentan obligan la censura de esta Superintendencia.</p> <p>Por otro lado, se entiende la "reserva bancaria" como el deber que tienen los funcionarios de las entidades financieras y aseguradoras de guardar reserva y discreción sobre los datos de sus clientes o sobre aquellos relacionados con la situación propia de la compañía, que conozcan en desarrollo de su profesión u oficio, es pertinente recordar las consecuencias penales, laborales y administrativas que el incumplimiento a dicho precepto podría acarrear al infractor.</p> <p>En este orden de ideas, esta Superintendencia solicita la adopción de mecanismos de control sobre el acceso a la información a fin de evitar la fuga de ésta por parte de los funcionarios de las entidades vigiladas” (circular externa 007,1996).</p>	
Chile	<p><u>Decreto con fuerza de Ley 3, fija texto refundido, de la Ley General de Bancos.</u></p> <p><u>“Artículo 154.-</u> Los depósitos y captaciones de cualquiera naturaleza que reciban los bancos están sujetos a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular o a quien haya sido expresamente autorizado por él o a la persona que lo represente legalmente. El que infringiere la norma anterior será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados, mínimo a medio. Las demás operaciones quedan sujetas a reserva y los bancos solamente podrán darlas a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que</p>	<p><u>Decreto Ley 830 Código Tributario (actualizado)</u></p> <p><u>“Artículo 6.-</u> Corresponde al Servicio de Impuestos Internos el ejercicio de las atribuciones que le confiere su Estatuto Orgánico, el presente Código y las leyes y, en especial, la aplicación y fiscalización administrativa de las disposiciones tributarias. Dentro de las facultades que las leyes confieren al Servicio, corresponde:</p> <p><u>Artículo 61.-</u> Salvo disposición en contrario, los preceptos de este Código, no modifican las normas vigentes sobre secreto profesional, reserva de la cuenta corriente bancaria y demás operaciones a que la ley dé carácter confidencial.</p>

	<p>no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar daño patrimonial al cliente. No obstante, con el objeto de evaluar la situación del banco, éste podrá dar acceso al conocimiento detallado de estas operaciones y sus antecedentes a firmas especializadas, las que quedarán sometidas a la reserva establecida en este inciso y siempre que la Superintendencia las apruebe e inscriba en el registro que abrirá para estos efectos. En todo caso, los bancos podrán dar a conocer las operaciones señaladas en los incisos anteriores, en términos globales, no personalizados ni parcializados, sólo para fines estadísticos o de información cuando exista un interés público o general comprometido, calificado por la Superintendencia.” (Decreto con fuerza de Ley 3, 1997)</p>	<p>Artículo 62.- La Justicia Ordinaria podrá autorizar el examen de información relativa a las operaciones bancarias de personas determinadas, comprendiéndose todas aquellas sometidas a secreto o sujetas a reserva, en el caso de procesos por delitos que digan relación con el cumplimiento de obligaciones tributarias. Igual facultad tendrán los Tribunales Tributarios y Aduaneros cuando conozcan de un proceso sobre aplicación de sanciones conforme al artículo 161.” (Decreto Ley 830, 1974)</p>
<p><u>Países que no forman parte de la OCDE</u></p>		
<p>Argentina</p>	<p><u>Ley 21.526, Ley de entidades Financieras.</u></p> <p><u>Artículo 39.-</u> Las entidades comprendidas en esta ley no podrán revelar las operaciones pasivas que realicen. Sólo se exceptúan de tal deber los informes que requieran:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Los jueces en causas judiciales, con los recaudos establecidos por las leyes respectivas; b) El Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus funciones; c) Los organismos recaudadores de impuestos nacionales, provinciales o municipales sobre la base de las siguientes condiciones: 	<p><u>Lev 11.683, Lev de Procedimiento Tributario.</u></p> <p><u>“Artículo 101.-</u> Las declaraciones juradas, manifestaciones e informes que los responsables o terceros presentan a la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, y los juicios de demanda contenciosa en cuanto consignen aquellas informaciones, son secretos.</p> <p>Los magistrados, funcionarios, empleados judiciales o dependientes de la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, están obligados a mantener el más absoluto secreto de todo lo que llegue a su conocimiento en el desempeño de sus funciones sin</p>

	<p>Debe referirse a un responsable determinado; Debe encontrarse en curso una verificación impositiva con respecto a ese responsable, y Debe haber sido requerido formal y previamente.</p> <p><u>Artículo 40.-</u> Las informaciones que el Banco Central de la República Argentina reciba o recoja en ejercicio de sus funciones, vinculadas a operaciones pasivas, tendrán carácter estrictamente confidencial.</p> <p>El personal del Banco Central de la República Argentina, o de auditorías externas que éste contrate para cumplir sus funciones, deberá guardar absoluta reserva sobre las informaciones que lleguen a su conocimiento” (Ley 21.526, 1977).</p>	<p>poder comunicarlo a persona alguna, ni aun a solicitud del interesado, salvo a sus superiores jerárquicos.</p> <p>Las informaciones expresadas no serán admitidas como pruebas en causas judiciales, debiendo los jueces rechazarlas de oficio, salvo en las cuestiones de familia, o en los procesos criminales por delitos comunes cuando aquéllas se hallen directamente relacionadas con los hechos que se investiguen, o cuando lo solicite el interesado en los juicios en que sea parte contraria el Fisco Nacional, provincial o municipal y en cuanto la información no revele datos referentes a terceros” (Ley 11.683, 1985)</p>
Uruguay	<p><u>Decreto Ley 15.322 Ley de Intermediación Financiera</u></p> <p><u>“Artículo 25.-</u> Las empresas comprendidas en los artículos 1° y 2° de esta ley no podrán facilitar noticia alguna sobre los fondos o valores que tengan en cuenta corriente, depósito o cualquier otro concepto, pertenecientes a persona física o jurídica determinada. Tampoco podrán dar a conocer informaciones confidenciales que reciban de sus clientes o sobre sus clientes. Las operaciones e informaciones referidas se encuentran amparadas por el secreto profesional, y sólo pueden, ser reveladas por autorización expresa y por escrito del interesado o por resolución fundada de la Justicia Penal o de la Justicia competente si estuviera en juego una obligación alimentaria y en todos los casos, sujeto a las responsabilidades más estrictas por los perjuicios emergentes de la falta de fundamento de la solicitud.</p>	<p><u>Decreto Ley 14.306 Código Tributario</u></p> <p><u>“Artículo 47.-</u> Secreto de las actuaciones</p> <p>La Administración Tributaria y los funcionarios que de ella dependen, están obligados a guardar secreto de las informaciones que resulten de sus actuaciones administrativas o judiciales.</p> <p>Dichas informaciones sólo podrán ser proporcionadas a la Administración Tributaria y a los Tribunales de Justicia en materia penal, de menores, o aduanera cuando esos órganos entendieran que fuera imprescindible para el cumplimiento de sus funciones y lo solicitaran por resolución fundada.</p> <p>La violación de esta norma apareja responsabilidad y será causa de destitución para el funcionario infidente” (Decreto Ley 14.306, 1984)</p>

	<p>No se admitirá otra excepción que las establecidas en esta ley. Quienes incumplieren el deber establecido en este artículo, serán sancionados con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría” (Decreto Ley 15.322, 1984)</p>	
--	---	--



2.2.4 Análisis de cuadro comparativo

De lo descrito en el enfoque metodológico comparado de cuatro países (Colombia, Chile, Argentina y Uruguay), se puede apreciar en el cuadro comparativo las formas similares y diversas en que cada país desarrolla y protege el Secreto Bancario y Reserva Tributaria en su legislación actual y vigente.

Colombia por su parte contempla al Secreto Bancario en la Constitución Política Colombiana de 1991 y la Reserva Tributaria en el Decreto Ley 624 de 1989, en el caso del Secreto Bancario este derecho es reconocido como un derecho fundamental de la persona por su vinculación al aspecto íntimo del individuo (similar a Perú), reconocimiento que no alcanza o considera a la Reserva Tributaria. Es necesario tomar en cuenta que el trato y desarrollo de ambos derechos es diverso o distinto, la legislación vigente colombiana establece límites a ambos derechos, que abarcan el manejo, acceso y formas de levantamiento en un número determinado de supuestos.

Por otro lado, Chile, Argentina y Uruguay poseen una legislación y trato diferente de los derechos de Secreto Bancario y Reserva Tributaria, estos tres países han optado por no reconocer a estos derechos como fundamentales, si no solo como derechos de toda persona que son consecuencia de la interrelación con una entidad pública o privada, razón que ha llevado a estos países a desarrollar ambos derechos en cuerpos normativos distinto a la Constitución Política de cada país.

Los cuatro países convergen en las nociones de Acceso Indirecto al Secreto Bancario y Reserva Tributaria, esta similitud es de fácil identificación tanto en la Constitución Política de cada país como es sus diversos cuerpos o sistemas normativos, que desarrollan y establecen las limitaciones que posee cada derecho, ante la necesidad que se pueda suscitar de conocer el contenido de la información respecto al Secreto Bancario o Reserva Tributaria.

Es necesario resaltar que Chile (formo parte de la OCDE el 11 de octubre del 2010) y Colombia (formo parte de la OCDE el 28 de abril del 2020) en la actualidad son miembros de la OCDE, esto fue posible tras un análisis por parte de la OCDE sobre la situación actual (respectivo a cada periodo temporal) de cada país, análisis que fue necesario a fin de poder dilucidar y encontrar la mayor cantidad de deficiencias políticas y normativas que cada país poseía en su momento. Estos aspectos fueron comunicados a cada país considerando los más gravosos o deficientes de forma independiente en cada uno, con la única finalidad de que fueran solucionados mediante reformas legislativas o políticas en beneficio del país y que esto tuviera incidencia en la aceptación de poder pertenecer a la OCDE.

Una de las principales observaciones que hizo la OCDE fue el acceso indirecto al Secreto Bancario y Reserva Tributaria (Chile y Colombia), Chile opto por modificar el acceso al Secreto Bancario que tenía desde 1974 mediante el decreto Ley N° 830, decreto que no permitía el acceso a toda información relacionada al Secreto Bancario y Reserva Tributaria, Colombia por su parte ya poseía la normativa que le permitía un acceso indirecto a ambos derechos, los cambios no fueron adoptados de forma global a las sugerencias dadas por la OCDE, pero fueron considerados como avances en vía de un cambio de acceso indirecto por un acceso directo.

Perú por su parte desde la Constitución Política de 1993 ha considerado al Secreto Bancario y Reserva Tributaria como derechos fundamentales, derechos que se entrelazan con el Derecho a la Intimidad que posee todo individuo. Si bien ambos derechos son reconocidos como fundamentales estos poseen una limitación constitucional, en base a un Numerus Clausus establecido en el párrafo segundo del Art 2 Inc. 5 de la Constitución Política del Perú.

Estas limitaciones o acceso indirecto son las que determinan la forma de acceso por parte de la UIF y otras instituciones que requieran la información contenida en ambos derechos (Secreto Bancario y Reserva Tributaria), esto es similar a los países mencionados en el cuadro comparativo, donde en todos los

casos se puede apreciar que la forma de acceso al Secreto Bancario y Reserva Tributaria es un acceso indirecto, hecho que dificulta el acceso de la entidad que requiera esta información por ser necesaria una autorización judicial, que incide en el plazo prolongado o en ocasiones extenso de acceso, aspecto que dificulta la visión y misión de la UIF o la entidad similar o de otra índole en los países mencionados.

2.2.4.1 Jurisprudencia del secreto bancario y reserva tributaria

Chile. – Ha tenido un proceso evolutivo producto de aspectos culturales y sociales, que han llevado al país a cambios en la forma de acceso al secreto bancario y reserva tributaria, derechos que no solo han cambiado en cuanto al acceso si no también en el contenido y desarrollo de cada uno, ya sea por iniciativa propia o por influencia externa.

La influencia externa es producto de la globalización que se da en la actualidad, de forma precisa, la incorporación de Chile en la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) en el año 2009, incorporación que ha generado un corte en cuanto al acceso al secreto bancario y reserva tributaria.

Casos como Chiofalo resuelto por la Corte Suprema el 19 de junio de 1980 dieron como pauta inicial, la forma, entidad y fines, que podían generar una autorización y acceso al secreto bancario.

La Corte Suprema declaró la incompetencia del S.I.I (Servicio de Impuestos Interno) al contenido total del secreto bancario, por considerar que, si bien la S.I.I. tiene un fin recaudatorio tributario, la medida resultaba ajena al respeto y protección de la vida íntima de la persona. Esto al margen que quien autorizó el acceso al secreto bancario fue un director de la Dirección Metropolitana de Santiago del S.I.I. (Servicio de Impuestos Interno) por medio de una autorización del director del S.I.I.

Caso similar es del Banco O'Higgins, resuelto por la Corte Suprema el 02 de abril de 1981, en donde al margen de considerar los aspectos

protegidos de la intimidad personal, producto del levantamiento del secreto bancario y reserva tributaria por parte de la S.I.I. (Servicio de Impuestos Interno), consideran que el secreto bancario es una forma de secreto profesional que obliga a la entidad financiera a no develar documentos o información en su poder a terceros de forma ilegal. Si bien la Corte Suprema considera que el secreto bancario y reserva tributaria forman parte de la costumbre del país, esta no puede ir en contra de la facultad recaudatoria que ostenta el estado.

Caso Sociedad López, resuelto por la Corte Suprema el 19 de enero de 1989, si bien fue un proceso de alimentos, en el cual el juez autorizó el levantamiento del secreto bancario a fin de poder juzgar de forma correcta en base a los ingresos y cuentas del demandado, la Corte Suprema considero que no es posible una protección amparada en el derecho constitucional si la autorización emanaba de una resolución judicial, ya que esto no resulta ilegal, arbitrario ni mucho menos una forma de perturbación de la intimidad personal.

La incorporación de Chile a la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) ha hecho que el país, por recomendaciones de este organismo modifique el código tributario y la forma de acceso al secreto bancario, otorgando un mayor dinamismo al S.I.I. (Servicio de Impuestos Interno) con un fin recaudatorio en colaboración con la U.A.F. (Unidad de Análisis Financiero, entidad homologa a la UIF en Perú), entidad que si bien requiere autorización judicial que le permita acceso al secreto bancario y reserva tributaria, esta relación dota de un mayor dinamismo en el intercambio de información cuando la autorización es dada por el juez competente.

La Corte Suprema en sentencia del caso 8038-2011, se pronunció el 25 de marzo del 2013, declarando la nulidad de la resolución exenta N°120/04 del S.I.I. (Servicio de impuestos Internos), sentencia que determino los excesos de acceso por parte de la S.I.I. de la resolución exenta N°120/04 con respecto a los márgenes constitucionales que protegen el secreto bancario, esto considerando la modificación del código tributario en el año 2009, modificación que faculto a la S.I.I. al acceso al secreto bancario y reserva tributaria con fines recaudatorios, siempre que estos no excedan el fin tributario de los datos económicos obtenidos

Argentina. – Este país, por su parte no a tenido mayores modificaciones en la forma de acceso al secreto bancario y reserva tributaria, ya que en la actualidad si bien ambos aspectos son considerados como derechos de la persona, ambos se encuentran comprendidos en la Ley 21.526, Ley de entidades Financieras y en la Ley 11.683, Ley de Procedimiento Tributario, normativa que establece las formas de acceso a ambos derechos.

El caso sentenciado por la Corte Suprema de Justicia, el 15 de agosto del 2018 en el expediente 73667, demuestran el “*numerus clausus*” establecido en las leyes mencionadas en el párrafo precedente y como cualquier acción que no guarde relación con la ley, resulta arbitraria e ilegal, ya que en el caso en cuestión la Dirección provincial de rentas dispuso mediante la normativa “B” 12/03, la obligación de los bancos de suministrar información de forma cuatrimestral, relacionada a toda persona que registre su domicilio en la provincia de Buenos Aires, hecho que fue analizado por la Corte Suprema considerando la jurisprudencia federal en materia tributaria y de secreto bancario, concluyendo que un acceso distinto al establecido en la ley respectiva solo puede ser establecido por vía legislativa.

Por su parte la sentencia del Tribunal oral en la criminalidad federal, del 08 de noviembre del 2019, expediente CFP 012593/2014/TO01 y la sentencia de cámara contencioso administrativo Federal- Sala I, del 11 de abril del 2017, expediente CAF 030623/2010/CA001-CA002, si bien de ramas diferentes del derecho, consideran que el secreto fiscal solo puede ser admitido siempre que guarde relación con la Ley 11.683, Ley de Procedimiento Tributario, ya que de no estar con arreglo a ley se estaría actuando de forma ilegítima y arbitraria, ya que se debe procurar respetar el sentido que el legislador ha querido plasmar en la ley, por ello de ser necesario un acceso distinto, se debe recurrir a una modificación legislativa.

Colombia. – La sentencia de Tutela N°440/03 de Corte Constitucional, del 29 de mayo del 2003, expediente 697881, establece que el secreto bancario esta protegido por el derecho a la intimidad, considerando que no toda información relacionada a la reserva bancaria puede ser considerada intimidad, ni mucho menos la reserva bancaria forma parte del núcleo esencial del derecho a la intimidad.

La Corte Constitucional establece que no todos los datos económicos están al amparo del derecho a la intimidad, estos datos no serán íntimos si son de carácter general, si pueden ser obtenidos en otras fuentes de acceso publico y siempre que no demuestren aspectos de la vida vinculada a operaciones financieras, gustos o preferencias.

La limitación de derechos fundamentales se encuentra sometida al principio de razonabilidad, aun cuando se deba considerar el aspecto netamente legal, y la vinculación que tienen ambos derechos con la reserva profesional.

CAPÍTULO III: DISCUSIÓN

3.1 Presentación y análisis de los resultados

El Secreto Bancario y Reserva Tributaria como derechos fundamentales han sido desarrollados en la constitución Política del Perú de 1993 en el Art. 2 Inc. 5, derechos que poseen una limitación explícita descrita en el párrafo segundo de la norma en mención, que establece las formas de acceso o autorización necesaria de acceso a ambos derechos, esto conocido como Acceso Indirecto.

Esta forma de acceso incide en el cumplimiento de funciones, misión y visión por parte de la UIF (Unidad de Inteligencia Financiera), esta forma de acceso repercute en el país y en la entidad de forma directa, por estar relacionado a delitos conexos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo; llegando a considerar el acceso indirecto como una deficiencia que genera trabas constantes en la investigación, procesamiento y sanción en temas de Lavado de Activos y Financiamiento de Terrorismo.

Esta afirmación se sustenta en el plazo excesivo empleado por la UIF establecido en el Art. 3-A del Decreto Legislativo N°1249 que modifica la ley N°27693, plazo que fluctúa entre 3 y 33 días (plazo legal, no plazo real), que permitirá acceder a información relevante relacionada al Secreto Bancario y Reserva Tributaria, plazo que resulta excesivo para la UIF y favorable para el investigado por las múltiples acciones evasivas que puede ejecutar a fin de evitar el proceso de investigación y posible sanción.

Por lo descrito es necesario una flexibilización del Acceso indirecto a directo del Secreto bancario y Reserva tributaria, hecho que de ser viable permitirá la obtención de consecuencias favorables para la UIF (Unidad de Inteligencia Financiera) y el Estado Peruano, por ende, los integrantes del país; esto será posible si se considera que una variación o flexibilización dotaran de un mayor dinamismo de intercambio de información contenido en ambos derechos.

En la actualidad la UIF no puede acceder de forma directa al secreto bancario y reserva tributaria por el tiempo establecido en la ley N°27693, hecho que si bien perjudica su labor, no ha impedido que la UIF busque otras alternativas que le permitan un acceso más célere

respecto de lo establecido en la ley, razón por la cual ha aplicado lo descrito en el Art. 4 de la Ley N°27693, articulado que faculta a la UIF a realizar acuerdos o convenios con instituciones nacionales o extranjeras (MOUs – memorándums de entendimientos), ya sean instituciones homologas o de otra índole que puedan cooperar en la lucha contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo; estos acuerdo y convenios tienen la función de crear un puente entre la UIF y otras instituciones una vez el juez otorgue la autorización judicial en beneficio de la UIF para acceder al secreto bancario y reserva tributaria, acuerdo que permitirá una reducción considerable del tiempo legal por el compromiso cooperativo entre la entidad pública o privada y la UIF.

De forma adicional es necesario resaltar que en la actualidad mediante el Decreto Legislativo N°1434 se ha incorporado una modificación del Art. 143-A de la Ley N° 26702 (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros – Superintendencia de Banca y Seguros), disposición que establece la obligación de suministrar toda la información relacionada al Secreto Bancario que supere un monto determinado (equivalente a 7 UIT – Decreto Supremo 009-2021-EF).

Las disposiciones descritas, establecen la obligación por parte de la Superintendencia de Banca y Seguro de suministrar información de forma mensual, así como una declaración informativa semestral de todos aquellos individuos comprendidos en el universo del monto mínimo o superior a 7 UIT en favor de la entidad SUNAT.

Todo lo mencionado ha sido incorporado buscando el interés superior del estado y de sus individuos, teniendo como fin superar o solucionar la evasión o elusión tributaria, sin considerar la relación que guarda la información que la SUNAT pretende obtener del secreto bancario con el aspecto Intimo del individuo.

El Decreto Legislativo N°1434 establece una forma de Acceso directo al Secreto Bancario, hecho que será posible en la medida que la Superintendencia de Banca y Seguros le suministre la información de forma mensual y semestral a la SUNAT. Si bien el decreto busca reducir la evasión y elusión tributaria la norma en cuestión obvio lo descrito en el Art. 51 jerarquía de las normas y Art. 2 inc. 5 secreto bancario y reserva tributaria, ambos artículos de la constitución Política de Perú.

Es necesario advertir que esta forma de acceso al secreto bancario por parte de la SUNAT colisiona con lo establecido en la constitución, ya que no considera dos aspectos constitucionales desarrollados por la doctrina y el Tribunal Constitucional, en la cual se establece el aspecto vertical y horizontal de la constitución, que para el presente caso es necesario ver el aspecto horizontal como fuente o sustento para la creación de normas de toda índole, las cuales deben guardar relación y concordancia con la constitución, en cuyo caso el Decreto Legislativo N°1434 no puede omitir el “*numerus clausus*” establecido en el Art. 2 inc. 5 párrafo segundo, que establece límites explícitos del acceso al secreto bancario y reserva tributaria, ni mucho menos omitir el artículo mencionado, ya que esta omisión estaría contraviniendo lo dispuesto por el Art. 51 del mismo cuerpo legal, artículo que establece la prevalencia de la constitución por sobre toda norma legal.

En ambos casos tanto la SUNAT como la UIF, deben ceñirse a lo establecido en la Constitución Política del Perú, siempre que su interés sea acceder al secreto bancario o reserva tributaria.

Ambos derechos poseen una limitación explícita desarrollada en la Constitución Política del Perú, esto es producto de un periodo evolutivo significativo a lo largo de su desarrollo histórico en el Perú; si bien ambos derechos han tenido sus orígenes en una norma infraconstitucional, esto no ha sido impedimento para que su desarrollo y relevancia en la vida cotidiana y económica le haya valido a ambos derechos para ser considerados de forma posterior parte importante del contenido constitucional, aspecto que fue validado y tomado en cuenta para su incorporación en la Constitución Política del Perú de 1993; posterior a su incorporación se ha realizado un desarrollo jurisprudencial y doctrinal de ambos derechos y su relación directa con el derecho a la intimidad.

Este desarrollo del derecho a la intimidad posee dos dimensiones: una social externa y otra que es de regreso al mundo interior del individuo, ambos considerandos se encuentran entrelazados y son inseparables. Este aspecto inescindible genera una relación entre la “proyección social que es fuente de valores positivos si el individuo posee vida íntima” (Ramírez, 2018).

Esta proyección social es lo que va a permitir que ambos derechos (secreto bancario y reserva tributaria) se encuentren comprendidos en el ámbito de protección del derecho a la intimidad, producto de la interrelación de una persona con una entidad financiera o la SUNAT, relación en su mayoría económica que forma parte de la vida íntima de una persona (persona natural o jurídica).

El secreto bancario y reserva tributaria si bien no forman parte del contenido esencial del derecho a la intimidad, si se puede concluir que ambos derechos se encuentran relacionados a la esfera íntima de la persona (persona natural o jurídica) producto de su interrelación con entidades públicas o con entidades privadas de carácter financiero que realizan una actividad de intermediación financiera; estas entidades públicas o privadas tienen el manejo y acceso a información relevante de contenido íntimo económico del individuo. Por ello el contenido de ambos derechos si forma parte del derecho a la intimidad, por ser información de carácter personal y confidencial de toda persona, esto por el contenido sensible económico personal del individuo. Si bien las entidades poseen el manejo y acceso a información íntima, estas instituciones solo ostentan una calidad de custodio de la información relevante relacionada al Secreto Bancario y Reserva Tributaria.

Este desarrollo no solo ha permitido el desenvolvimiento pleno de ambos derechos sino también sus limitaciones expresas incluidas en la constitución, limitaciones que son objeto de discusión y análisis cuando se considera un aspecto estadístico del cumplimiento de objetivos y funciones por parte de la UIF.

Los informes estadísticos de la UIF y GAFILAT concluyen que desde el 2011 al 2020 de un total de 79,916 casos, solo han sido sentenciados un total de 141 casos; esto producto de la demora de análisis, acceso, investigación y sanción que es ocasionada por el acceso indirecto al Secreto Bancario y/o Reserva Tributaria. Estos hechos han sacado a relucir la necesidad de un cambio de acceso, y de las consecuencias de su no alteración, que si bien no son tocadas o desarrolladas a profundidad son mencionadas y descritas en los informes.

Los informes estadísticos emitidos por la UIF e informes de GAFILAT 2017/2018, permiten conocer las deficiencias y problemas relacionados a ambos derechos, en la lucha en contra del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, así como todo aquello que debe afrontar la UIF en cumplimiento de su misión y visión.

Los derechos fundamentales contenidos en la constitución se desarrollan de forma unificada y armónica, sin que medie o exista un plano jerárquico entre los derechos, ambos aspectos si bien son importantes no implican que el contenido, valoración o respeto sea igual o similar para cada derecho, hechos que deberán ser apreciados y valorados cuando dos derechos se opongan o colisionen, sin que esto implique una supresión total o una victoria total de un derecho sobre otro.

El conflicto o contraposición de derechos fundamentales demuestra su ausencia de connotación absoluta, si bien el derecho al Secreto Bancario y Reserva Tributaria son derechos fundamentales, estos forman parte del Derecho a la intimidad, derecho que en la presente investigación se contrapone al derecho establecido en el Art.1, defensa de la persona humana y del estado, derechos que deberán ser ponderados desde una óptica de funcionamiento, respeto y protección de los derechos fundamentales por parte del estado y sus miembros.

Cuando se está ante el método de ponderación se debe considerar el contenido “ligero o denso” (Manero, 2017), ya que solo aquellos derechos con contenido denso pueden ser susceptibles de ponderación, en cuyo caso el “Derecho a la intimidad” vs “La defensa de la persona humana y el estado” poseen un contenido denso susceptible de ser ponderado.

Un acceso indirecto al Secreto Bancario y Reserva Tributaria, resulta ser tardío o deficiente en el cumplimiento de los objetivos y fines que persigue la UIF (Unidad de Inteligencia Financiera), ya que este acceso permitirá el ocultamiento, transformación de bienes provenientes de delitos relacionados al Lavado de Activos o Financiamiento del Terrorismo, hechos valorados en el análisis ponderativo, considerando o no una escala triádica de afectación del derecho vencido “leve, media o alta” (Manero, 2017).

El método de la ponderación va a permitir establecer un derecho vencido por otro, esto no implica la extinción ni reducción total del derecho vencido, ya que el vencimiento en el presente caso solo implica un traslado de la responsabilidad de custodia de la información relevante relacionada a ambos derechos, de las entidades públicas y privadas a la UIF, entidad que se sumaría al ámbito de custodia de la información relevante, la cual deberá ser utilizada solo para el cumplimiento de sus funciones.

El Derecho al Secreto Bancario y Reserva Tributaria, forman parte de la esfera íntima personal, ambos derechos tienen una connotación de derechos fundamentales en la Legislación Peruana en específico en la Constitución Política del Perú, estos derechos no pueden ser considerados como absolutos, ya que sus límites pueden ser explícitos o implícitos, ambos derechos poseen una limitación explícita, en base a un *Numerus Clausus*, para su levantamiento, hecho que nos remite a la norma de la UIF (Unidad de Inteligencia Financiera), entidad que requiere autorización judicial para poder acceder al contenido de ambos derechos, el cual es protegido por las entidades Financieras privadas y la SUNAT, entidades encargadas de resguardar toda información relevante, relacionada al Secreto Bancario y Reserva Tributaria.

Si bien ambos derechos se encuentran inmersos en la Constitución Política del Perú esto no los convierte en absolutos ni mucho menos en inamovibles o inmutables, si se considera que existe un derecho en contraposición, y que debe primar el interés colectivo o social por sobre los intereses particulares de cada individuo. El método de ponderación permite demostrar que ambos derechos (Secreto Bancario y Reserva Tributaria), pueden y deben ser vencidos en contraposición o pugna del Derecho a la defensa de la persona humana y el estado.

Ya que el aspecto denso de cada derecho va a permitir que ambos derechos sean vencidos y se pueda llegar a una variación del Acceso Indirecto a Directo o una flexibilización necesaria que otorgue un mayor dinamismo a la UIF (Unidad de Inteligencia Financiera). Variación que de ser el caso solo llevara a que la UIF sea considerada como una nueva entidad encargada de custodiar la información relevante relacionada al Secreto Bancario o Reserva Tributaria, trasladando la responsabilidad a todo el personal y a la institución, siempre que su uso guarde relación con los fines que persigue.

La ausencia de autorización judicial, permitirá un mayor dinamismo del flujo informativo del contenido relevante de ambos derechos, si se considera la coyuntura tecnológica que sufre el Perú y el mundo, hecho que de ser enfocado de forma correcta serviría en beneficio de la UIF y por ende del país, en la lucha contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, ya que de negarse o no vencer a ambos derechos el contenido íntimo del que

proviene permitiría el uso de la coyuntura en beneficios de las consecuencias que se producen producto de actividades delictivas que se desarrollan al interior del Perú.

Estas razones nos llevan a inferir que ambos derechos son vencibles y que una flexibilización del Acceso Indirecto a Directo, es viable y posible de implementar, si se considera su carácter de derecho fundamental no absoluto, cambio o modificación que se deberá establecer de forma que no se suprima o vulnere ambos derechos, y siempre que se busque el interés superior de protección del estado y de sus integrantes.

El uso del método de ponderación si bien es idóneo para dar solución a la colisión de derechos fundamentales, para el desarrollo de la presente investigación resulta ser insuficiente, ya que el acceso directo al secreto bancario y reserva tributaria no es una invención o ficción nacida en el Perú, ya que nuestro país en su intento de formar parte de la OCDE desde el año 2008, ha ido implementado las recomendaciones dadas por dicho organismo con la finalidad de lograr y generar un desarrollo sostenible en el país en beneficio y bienestar de los ciudadanos, esto mediante un crecimiento económico continuo, estable y ordenado.

En el intento de pertenecer a la OCDE nuestro país ha ido desarrollando y estableciendo una serie de medidas económicas que le han permitido un crecimiento en los últimos años, al punto de ser considerado por la OCDE un ejemplo de economía libre que se esfuerza por obtener un desarrollo sostenible; si bien esto es alentador resulta no ser suficiente si se considera la meta que nuestro país a trazado que no es otra que ser parte de la OCDE.

Uno de los pilares importantes que desarrolla la OCDE para poder ser miembro, es una variación en el acceso al secreto bancario y reserva tributaria, no solo a nivel interno sino también a nivel cooperativo internacional, aspecto que es de vital importancia para todos los miembros de dicho organismo.

El acceso al secreto bancario y reserva tributaria por parte de la UIF es uno de los pilares de desarrollo que exige la OCDE a todos sus miembros o a todos aquellos que quieran adherirse, ya que ambos aspectos se vinculan a los fines que persigue la UIF, que es investigar y realizar informes de la presencia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, hecho que se vincula al pilar de anticorrupción y transparencia.

Si bien esta ficción nace en la OCDE, países como Chile (2010) y Colombia (2020) se han incorporado de forma indistinta, hecho que ha motivado que ambos países hayan realizado una serie de modificaciones en sus políticas públicas internas de forma previa a su incorporación, hecho que es de vital importancia para la presente investigación, si se considera que el método comparado es idóneo y refuerza lo descrito por el enfoque metodológico constitucional.

Se debe considerar que el Perú cuenta con una desventaja parcial en comparación con los países analizados, esto se debe a que países como Colombia, Chile, Argentina y Uruguay, son países que desarrollan ambos derechos (secreto bancario y reserva tributaria) en apartados legislativos diferentes a la constitución, aspecto que les da una ventaja, en caso requieran una modificación inmediata que le otorgue un mayor dinamismo a la entidad respectiva de cada país, que cumpla funciones similares a la UIF.

La presente investigación realiza un análisis comparativo entre los países de Chile, Colombia, Argentina y Uruguay, países considerados debido a que los dos primeros han sido considerados por su acceso a la OCDE y por una variación ligera e impalpable del acceso al Secreto Bancario y Reserva Tributaria, los otros dos países si bien no forman parte de la OCDE poseen el desarrollo de ambos derechos en apartados normativos distintos a la constitución.

Colombia posee un aspecto similar al de Perú en el desarrollo del derecho a la Intimidad y su vinculación al derecho al Secreto Bancario y Reserva Tributaria, derechos que se encuentra al interior de la constitución Política Colombiana de 1991; si bien ambos derechos (Secreto Bancario y Reserva Tributaria) forman parte de la esfera íntima personal de todo individuo, ambos derechos remiten su desarrollo a la Ley respectiva, ley que determinara sus alcances y limitaciones; ambas leyes establecen limitaciones al acceso de secreto bancario y reserva tributaria, siendo el juez el encargado de otorgar el acceso necesario cuando una entidad requiera el contenido de dicha información.

Un aspecto desarrollado en la legislación colombiana y que tiene una importancia significativa en el desarrollo del secreto bancario y reserva tributaria, es que toda entidad financiera debe remitir de forma anual un informe a la UIAF (Unidad de Información y Análisis Financiero) del total de sus clientes.

Este hecho si bien no presupone una supresión total del derecho al secreto bancario si es un avance de vital importancia en la lucha contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Chile por su parte se vio incólume en el desarrollo del secreto bancario ya que no había desarrollado modificación alguna desde 1974 hasta años previos a su ingreso a la OCDE en el 2010, entidad que considera relevante una variación de ambos derechos (Secreto Bancario y Reserva Tributaria), ya sea de forma total o parcial, pero de darse de forma parcial establecer el compromiso de ir modificándola en el tiempo a fin de llegar a un cambio total del Acceso indirecto a Directo.

Argentina por su parte desde el año 2018 ha decidido adherirse a los países observadores de la OCDE, decisión que ha quedado en un intento, ya que la crisis económica que atraviesa este país le impide poder implementar reformas políticas en base a los pilares fundamentales que establece la OCDE, razones que han motivado que el acceso a su secreto bancario o reserva tributaria no haya sufrido una variación considerable.

Uruguay por su parte desde marzo del 2018 ha comenzado su proceso de adhesión, siendo un caso similar al de Argentina, ya que a la fecha no realizado modificaciones sustanciales en temas de acceso al secreto bancario y reserva tributaria, esto en concordancia con las declaraciones de sus autoridades en los últimos años, las cuales han dado a conocer que su intención no es formar parte de la OCDE de forma inmediata sino buscar el fin de que el país mejore en el mediano plazo y que la adhesión sea fruto de estos cambios.

Argentina y Uruguay poseen un contenido similar en cuanto al acceso indirecto al Secreto Bancario y Reserva Tributaria, por tener en normas especializadas la forma de acceso a ambos derechos, similar al de Perú en cuanto al acceso, pero diferente en su ubicación.

El Método Comparado, da a conocer la forma y tratamiento que tiene cada país, con respecto al Secreto Bancario y Reserva Tributaria y su relación o vínculo con el Derecho a la Intimidad, que, si bien todos los países poseen el contenido de estos derechos en apartados legales diferentes a la Constitución de cada país, esto les da una ventaja con respecto al Perú, ya que su modificación del Acceso Indirecto a Directo no sería uno de gran magnitud, evitando una pugna o conflicto entre derechos constitucionales.

Modificando o variando el acceso mediante un análisis de proporcionalidad que les permitirá modificar el acceso a fin de trasladar el deber de custodio a la entidad competente que requiera la información. Lo descrito permitiría introducir modificaciones del Numerus Clausus que posee cada legislación específica de cada país analizado.

Dentro de un abanico limitado de posibilidad de solución se exhorta al legislador a que pueda desarrollar cambios en favor de la UIF y por ende del Perú, optando por: 1) Un Cambio Constitucional del Art. 2 Inc. 5 párrafo segundo, incluyendo a la UIF en el Numerus Clausus, acción que le permita solicitar la información de forma directa e inmediata de forma fluida; 2) Incorporar en el Art. 2 Inc. 5 párrafo segundo, la remisión a la norma especializada en Banca y Tributaria, hecho que permitirá realizar el acceso en las normativas especializadas de cada materia que permitan el acceso directo a la UIF, similar a países como Chile, Colombia, Argentina y Uruguay; 3) Eliminar el Secreto Bancario y Reserva Tributaria de la constitución, hecho que implica suprimir su condición de derecho fundamental, hecho que desde la óptica de la presente investigación resulta un aspecto muy lesivo a la consideración y desarrollo de ambos derechos, considerando su condición actual de derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

El secreto bancario y reserva tributaria son derechos que forman parte del derecho a la intimidad, ambos derechos poseen una limitación explícita establecida en el Art. 2 inc. 5 párrafo segundo, esta limitación de carácter constitucional se relaciona con la actividad y fines que persigue la UIF (Unidad de Inteligencia Financiera) en la lucha contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo en concordancia con el Art. 3-A de la Ley N°27693, normativa que obliga a la UIF a solicitar autorización judicial que le permita acceder al secreto bancario y/o reserva tributaria, hecho que puede tener una demora de 3 a 33 días, ya sea por una demora judicial o por la entidad encargada de suministrar la información; esta demora tiene una justificación de carácter constitucional, ya que el contenido de la información se encuentra vinculado a la esfera íntima personal.

Esta forma de acceso es conocido como acceso indirecto, forma que dificulta y entorpece el trabajo de la UIF en su lucha contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo; la UIF y GAFILAT han emitido informes sobre los casos investigados, sanciones y mejoras; sin bien el acceso deficiente o tardío complica el fin que persigue la UIF, esto no impide que pueda establecer acuerdos o convenios de cooperación interinstitucional nacional o extranjero, facultad normativa que posee ya sea mediante acuerdos nacionales o MOUs (memorándums de entendimiento) con entidades homologas o entidades competentes.

A la fecha la UIF ha realizado un total de 52 MOUs y 10 acuerdos nacionales con entidades públicas y privadas, lo que permite una cooperación constante y fluida de información relevante relacionada al lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Lo descrito es claramente una solución alternativa a los problemas temporales de acceso al secreto bancario y reserva tributaria, si bien no de forma directa e inmediata si desde una perspectiva dinámica, fluida y algo más eficiente a lo normal, ya que todas las instituciones se comprometen a cooperar con la UIF en el menor tiempo posible.

Hechos que favorecen al cumplimiento de la misión institucional que posee la UIF, si se considera que el plazo excesivo juega en contra de la institución, el estado y sus miembros.

Considerando los enfoques metodológicos empleados en el presente trabajo que son: enfoque metodológico constitucional y del método comparado se ha resuelto que; del método

constitucional se puede concluir que al existir un conflicto o contraposición entre el derecho a la “intimidad” y “el estado y la protección de sus miembros”, el método de solución resulta ser la ponderación, método que ha permitido entender el contenido denso que poseen ambos derechos, aspecto que permite que ambos derechos fundamentales sean susceptibles de ponderación a fin de determinar si uno de los dos puede vencer al otro derecho, lo cual no implica la extinción o supresión total del derecho vencido sino solo una reducción parcial del derecho vencido. Estas razones permiten terminar o concluir la pugna entre ambos derechos, otorgándole una preponderancia a la defensa del estado y sus miembros por sobre el interés particular de uno o varios individuos, en cuyo caso un acceso al secreto bancario o reserva tributaria por parte de la UIF es factible, siempre que la responsabilidad del contenido íntimo de ambos derechos sea trasladado a dicha institución, en cuyo caso la obligación de custodio solo sufriría un traslado de una a otra entidad.

Del enfoque del método comparado se puede determinar que si bien los países analizados no poseen un acceso directo al secreto bancario o reserva tributaria, países como Chile y Colombia han optado por una flexibilización en cuanto al desarrollo de ambos derechos; Chile desde un enfoque infra constitucional y Colombia uno constitucional, ambos casos de acceso se encuentran limitados y supeditados a una autorización judicial, esto en vías de cumplir las observaciones o consejos dados por la OCDE; organismo al que pertenecen ambos países y que han optado por un desarrollo similar de acceso indirecto al secreto bancario y reserva tributaria a la de nuestro país, desarrollo que se sustenta en la realización de acuerdos nacionales o extranjeros institucionales con entidades homologas y otras entidades competentes.

Países como Argentina y Uruguay si bien no poseen un desarrollo similar de acceso al secreto bancario y reserva tributaria, han fijado rumbos diferentes como son: Argentina en los últimos años ha realizado acuerdos cooperativos con diversos países como Perú, Chile entre otros, a fin de dar inicio a una lucha conjunta entre el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, hechos que en la actualidad no son de mayor interés de Uruguay, si bien este país desde el año 2000 ha creado la UIAF (Unidad de Información y Análisis Financiero) esta entidad no ha tenido el impacto que se esperaba en la lucha nacional y cooperación internacional de lucha contra el lavado de activos y financiamiento del

terrorismo, ya que su legislación no le permite poder realizar convenios o acuerdos con otras instituciones, ni mucho menos acceder de forma directa o indirecta al secreto bancario y reserva tributaria.

Los argumentos esbozados en la presente investigación han sacado a colación la necesidad de un acceso directo al secreto bancario y reserva tributaria en favor de la UIF, esto por recomendaciones de OCDE, UIF, GAFILAT y Naciones Unidas, entidades que sugieren que el acceso sea directo con fines dinámicos y céleres en beneficio de la UIF; esta información ha permitido indagar y analizar las diferentes y posibles soluciones de acceso al secreto bancario y reserva tributaria.

Esta búsqueda de variación de acceso indirecto a directo ha hecho que se analice una gama limitada de soluciones, entre ellas: 1) incorporación de la UIF en el “numerus clausus” del Art. 2 inc. 5 párrafo segundo de la Constitución Política del Perú, acción que dotaría a la UIF de facultades constitucionales de acceso directo al secreto bancario y reserva tributaria sin que medie autorización judicial o de otra índole; 2) Supresión de autorización judicial de acceso al secreto bancario y reserva tributaria, establecido en el Art. 3-A de la Ley N°27693, dotando a la UIF de un acceso directo; 3) modificación legislativa que involucre a la SUNAT y SBS, incorporando en ellas a la UIF, permitiendo un acceso directo.

Estas soluciones entre otras implican un desarrollo o proyecto legislativo que modifique el acceso indirecto a directo, no siendo una solución aplicativa, rápida o eficiente, ya que una modificación de carácter constitucional conllevaría a la realización de un AIR (análisis de impacto regulatorio), que permita determinar posibles escenarios ex-ante o ex-post o consecuencias que acarrearía estas posibles modificaciones.

Lo descrito no termina por ser una solución sino solo el inicio de una investigación de mayor profundidad especializada, razón por la cual la presente investigación concluye que la solución más eficiente o célere en beneficio de la UIF no es una modificación legislativa constitucional o infra constitucional; razón por la cual se propone que la UIF en uso de sus facultades y atribuciones legales comprendidas en el marco legal de la Ley N°27693 continúe con el desarrollo de acuerdos o convenios con entidades nacionales y extranjeras (MOUs – memorándums de entendimiento), lo cual permitirá que la UIF pueda desarrollar comunicación previa y posterior a la autorización judicial que permita su ingreso al

contenido del secreto bancario y reserva tributaria, hecho que en el marco de los acuerdos y convenios reducirá el tiempo de reacción y acción por parte de la entidad que ostenta la calidad de custodio de información relacionada al secreto bancario y reserva tributaria.

Si bien es algo que la UIF ha venido desarrollando en el tiempo en su mayoría con instituciones públicas, no ha tenido un mayor desarrollo con instituciones privadas, ya que en la actualidad solo posee un convenio con el Banco Interbank teniendo pendiente entablar acuerdos con otras entidades que realicen actividad financiera o de intermediación financiera; por lo descrito si bien el tiempo actual podría fluctuar entre 3 y 33 días, el fin de la proposición o solución que se plantea resultaría en una reducción del tiempo máximo descrito en el cumplimiento de los acuerdos entre las partes, lo cual beneficiaría a la UIF en el desarrollo de sus funciones.



BIBLIOGRAFÍA

- Alpizar, J. B. (2011). El Secreto Bancario. Aspecto historicos y problematica actual. *Dialogos, Revista Electronica de Historia*, 71-88.
- Código Tributario [CT]. Decreto Supremo 133 - 2013. 22 de junio del 2013 (Perú)
- Constitucion Politica del Peru. (12 de Diciembre de 1993). Lima, Lima.
- Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N.º 29720, que promueve las emisiones de valores mobiliarios y fortalece el mercado de, 00009-2014-PI/TC (Tribunal Constitucional 04 de Marzo de 2016).
- Derecho a la Intimidad, N°000004 (Constitucional 21 de Setiembre de 2004).
- El Comercio*. (03 de Agosto de 2018). Obtenido de El Comercio:
<https://elcomercio.pe/economia/peru/recaudacion-tributaria-analisis-primeras-cuatro-medidas-mef-noticia-542921-noticia/>
- Sentencia Tribunal constitucional, 014-2002 AI/TC (Tribunal Constitucional 21 de enero del 2001)
- Gallardo, E. B. (2009). *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales.
- Gallardo, E. B. (2009). *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gil, L. P. (2017). *Nuevos retos para el sector empresarial colombiano y sus efectos en la lucha contra el lavado de activos a raíz de la unión de Colombia a la OCDE*. Medellin: Universidad de San Buena Ventura.
- Lopez, J. A. (2018). *El delito de Lavado de Activos, aspectos sutantivos*. Lima: Gaceta Juridica.
- Manero, J. R. (2017). *Imperio de la Ley y ponderacion de principios*. Buenos Aires : Astrea.
- Proceso de Inconstitucionalidad, 009 (Constitucional 15 de Agosto de 2006).
- Ramirez, C. M. (2018). *Los derechos Fundamentales, Dogmatica y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Juridica.
- Rojo, L. A. (207). La noción del deber constitucional de contribuir. *Enfoque constitucional*, 10 - 11.
- Saldarriaga, V. P. (1994). *El delito de Lavado de dinero, tratamiento bancario y penal*. Lima: Idemsa.
- Soldevilla, J. A. (2016). Levantamiento del secreto bancario y reserva tributaria en la lucha contra el lavado de activos en el marco de la Organizacion para la Cooperación y Desarrollo Económico. Lima, Lima, Perú: OCDE.

Cuesta, D. T. (2013). El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario. *Ius et verita*, 318-331

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 15 de julio de 1991 (Colombia)

Decreto 624 de 1989 [con fuerza de ley]. Estatuto tributario, 30 de marzo de 1989

Decreto 03 de 1997 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido de la Ley General de Bancos, 19 de diciembre 1997

Decreto 830 [con fuerza de ley]. Código tributario, 27 de diciembre de 1974

Ley 21.526. Ley de entidades financieras. 21 de noviembre 1977.

Ley 11.683. Ley de procedimiento tributario. 30 de diciembre de 1985

Decreto 15.322 [con fuerza de ley]. Ley de intermediación financiera, 17 de setiembre 1982

Decreto 14.306. [con fuerza de ley]. Código tributario. 29 de noviembre 1974

Alexy, P. a. (2016). *Jueces y ponderacion armentativa*. Mexico: Instituto de Investigaciones Juridicas

Tribunal Constituciona. Primera sala del Tribunal Constitucional. Proceso 1219-2003-HD; 21 de enero del 2004

Tribunal Constitucional. Pleno Jurisdiccional. Proceso 0004-2004-AIITC; 21 de setiembre del 2004

Tribunal Constitucional. Pleno del Tribunal Constitucional. Proceso 579-2008-PA/TC; 05 de junio del 2008