

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR
ORREGO**
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**TESIS PARA OPTAR EL
TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

**“FALTA DE REGULACIÓN CONSTITUCIONAL,
OPORTUNIDAD Y FORMA EN QUE SUNAT
DEBERÍA ACCEDER AL SECRETO BANCARIO, Y
OTRAS MEDIDAS TRIBUTARIAS OPCIONALES”**

Área de Investigación:
Derecho Constitucional y Derecho Tributario

Autora: Br. Aleman Ho, Carla Aniana

Jurado Evaluador:

Presidente: Chanduví Cornejo,
Víctor Hugo

Secretario: Tapia Díaz, Jessie
Catherine

Vocal: Ferradas Caballero, José
Ramiro

Asesor: Heras Zarate, Luis Henry
Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6833-7951>

TRUJILLO – PERÚ2021

Fecha de sustentación: 2021/12/10

DEDICATORIA

A Dios, quien es motor de mi existencia, guía cada una de mis metas y a quien agradezco por otorgarme la valentía y la fuerza para enfrentarme a dificultades.

Con mucho amor y respeto a mis padres, quienes me dieron la vida y me enseñan constantemente que el crecimiento de un profesional empieza en la humanidad de nuestras acciones.

A mi hermana, quien es mi ejemplo de perseverancia y de quien aprendo constantemente.

Con agradecimiento también a quien llegó a mi vida hace un año, quien comparte cada uno de mis logros y quien con su amor y respeto me enseña a dar siempre más de mí.

Y finalmente a quienes hoy no están a mi lado pero que desde el cielo cuidan de mí y de quienes más amo.

AGRADECIMIENTO

A Dios por regalarme enseñanzas, por ser luz y esperanza en medio de oscuridad.

Al Ms. Luis Henry Heras Zárate, gracias por ser guía en el primer peldaño de mi carrera, por su generosidad y humildad expresadas en sabios consejos.

A la Dra. Ángela María Rincón Martínez, quien con ejemplo me enseñó el amor por la investigación y promueve en cada uno de los estudiantes las ganas de aprender.

Resumen

El presente estudio se origina de la necesidad de regular constitucionalmente la oportunidad y la forma en la que el ente de administración tributaria, SUNAT, debería acceder al secreto bancario. Busca entender la medida tomada por el gobierno, al levantar el secreto bancario el cual permite a SUNAT conocer de manera directa la información de las cuentas bancarias de diferentes modalidades. Veremos también el efecto y las consecuencias que conlleva la emisión de la medida tomada, buscando de esa forma justificar y motivar las respuestas frente a la problemática planteada. Es a razón de ello, que, mediante una perspectiva jurídica, esta investigación con el uso de claras preguntas cuestiona la acción de las medidas, la constitucionalidad de la medida tomada por el Gobierno.

Palabra Clave: SUNAT, oportunidad, Secreto Bancario, medida.

Abstract

This research arises from the need to constitutionally regulate the opportunity and the way in which the tax administration entity, SUNAT, should access bank secrecy.

It also aims to know, make known and above all understand the measure taken by the government, a measure that lifts bank secrecy and allows SUNAT to directly know the information of our bank accounts.

It will also study the purpose, the effect and the consequences of issuing the measure taken, thus seeking to justify and motivate the responses to the problematic reality raised.

It is for this reason that, through a legal perspective, this investigation with the use of clear questions the operation of the aforementioned measures, as well as questions the constitutionality of the action taken by the Government.

Presentación

Señores miembros del Jurado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego. Es grato dirigirme a ustedes de conformidad con la normatividad vigente para la obtención del título profesional de abogado, pongo a consideración, de vuestro criterio profesional y académico, el trabajo de investigación titulado **“FALTA DE REGULACIÓN CONSTITUCIONAL, OPORTUNIDAD Y FORMA EN QUE SUNAT DEBERÍA ACCEDER AL SECRETO BANCARIO, Y OTRAS MEDIDAS TRIBUTARIAS OPCIONALES”**, para su evaluación y aprobación.

Bach. Carla Aniana Alemán Ho

ÍNDICE

1. Introducción.....	8
1.1. Problema de Investigación	8
1.2. Sistema de Hipótesis	16
1.2.1. Hipótesis.	16
1.3. Objetivos.....	16
1.3.1. General.....	16
1.3.2. Específicos	16
1.4. Justificación del Estudio	17
2. Marco de Referencia	18
2.1. Antecedentes del Estudio	18
2.1.1. Internacionales	18
2.1.2. Nacional	18
2.2. Marco Teórico.....	20
2.2.1. Marco Histórico	20
2.3. Marco Conceptual	21
2.3.1. Derecho a la Intimidad Constitucional	21
2.3.2. SUNAT y su Potestad Tributaria, frente al Levantamiento del Secreto Bancario 36	
2.3.3. Análisis de la Proporcionalidad y Razonabilidad de la Medida Adoptada por el Gobierno.....	43
2.3.4. Respuesta al Problema.	55
3. Metodología Empleada	60
3.1. Tipo y Nivel de Investigación.....	60
3.1.1. Métodos.....	60
3.2. Población y Muestra	60
3.2.1. Población.....	60
3.2.2. Muestra	60
3.3. Diseño de Investigación	61
3.3.1. Material de Estudio	61
3.4. Técnicas e Instrumentos de Investigación	62
4. Presentación de Resultados	63
4.1. Análisis e Interpretación de Resultados	63
4.1.1. Recuenta de las conclusiones del Marco Conceptual	63
5. Conclusiones y Recomendaciones	65
6. Referencias Bibliográficas	67

Introducción

4.1. Problema de Investigación

Hace muchos años en Estados Unidos se suscita un emblemático caso, el cual tiene un gran impacto mediático en la sociedad, conocido como el caso Warren – Brandeis.

Mencionado hecho, se origina en la vida política del abogado Samuel Warren, y de su esposa, quien era hija del senador de la Republica en aquel entonces; de quienes además se decía que llevaban una vida social bastante intensa, y por ello eran constantemente víctimas de publicaciones de prensa relacionadas con su privada vida y para ser específicos con sus hijas; mencionadas y constantes publicaciones llegaron a molestar mucho al abogado, quien a raíz de lo sucedido, decide buscar ayuda jurídica, considerando pues que mencionadas publicaciones eran exageradas y llenas de drama.

La ayuda que recibió vino de parte del reconocido abogado y gran ex alumno de la Universidad de Harvard, Louis Dembitz Brandeis; con quien publica un gran artículo y con quien además inicia la búsqueda del establecimiento de límites jurídicos para la intromisión que la prensa podría tener en el entorno privado de las personas, pudiendo con ello frenar publicaciones amarillistas en los periódicos de Boston.

Uno de los fundamentos de Brandeis para su artículo, fue mencionar que el derecho a la privacidad repudia todo entrometimiento no consentido en la vida privada de la persona.

Así mismo, en aquel artículo se afirmó que los derechos que deben protegerse atienden a la naturaleza, así mismo, se afirmó que no solo provienen de un contrato o de algún acuerdo especial; concluyendo pues que toda persona podría reclamar ante tribunales su derecho.

La Constitución Política del Perú, en adelante CPP, reconoce en su art. 2º, un conjunto de derechos fundamentales, entre ellos el recogido en el inciso

7, el cual refiere “que toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propia; buscando con ello preservar el aspecto privado de la vida de la persona”.

Así, se aprecia que uno de los derechos fundamentales resguardados en el citado artículo es el derecho a la intimidad, el cual permite el libre desarrollo de las personas y, a su vez, provee una garantía para la protección de su esfera personal (Rubio, 1999, p. 252).

Para García (1997), el derecho a la intimidad se encuentra dirigido a “preservar en reserva las actividades o comportamientos carentes de trascendencia social en pro de la tranquilidad espiritual y paz interior de la persona y su familia (p. 86)”. Por su parte, refiriéndose a la vida privada, el Tribunal Constitucional, en adelante TC, también ha sostenido que aquella se encuentra compuesta por “los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño” (TC, Exp. No. 00009-2014-PI/TC, 2014).

El derecho a la intimidad tiene, entre otros, un importante componente económico, pues permite a las personas mantener dentro de su esfera personal la información referida a su riqueza patrimonial. Es así como la Constitución reconoce el carácter privado de la información patrimonial de las personas, en tanto aquel es un aspecto de su derecho a la intimidad que evita que personas ajenas al sujeto de derecho accedan a dicha información para cualquier propósito no autorizado. Por ejemplo, se encuentra protegido por este derecho, la información relacionada a la cantidad de dinero que una persona tiene en sus cuentas bancarias, lo cual es conocido como el “derecho al secreto bancario”.

En efecto, el secreto bancario es la obligación que tienen las entidades financieras de no suministrar a terceros información respecto a operaciones pasivas de clientes, al menos que exista algún permiso escrito de los antes mencionados o en todo caso existan supuestos consignados en la ley, (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la

Superintendencia de Banca y Seguro, en adelante, Ley del Sistema Financiero, Ley No. 26702, 1996, Art. 140°).

El TC ha confirmado que el secreto bancario es uno de los atributos del derecho a la intimidad, y ha precisado que permite proteger la confidencialidad de las operaciones bancarias de personas naturales y jurídicas, correspondiente al sistema bancario o financiero (TC, Exp. No. 0009-2014-PI/TC, 2014).

No obstante, es necesario mencionar que, si bien el secreto bancario es un derecho reconocido constitucionalmente, la propia CPP también ha previsto ciertas excepciones al respecto.

Así, en su artículo 2°, numeral 5, la carta magna ha señalado que aquel puede levantarse exclusivamente por algunas personalidades del Estado y cuando se refieren al caso investigado. En ese sentido, el levantamiento del secreto bancario implica que determinadas personas o entidades autorizadas accedan a la información sobre los ahorros que las personas mantienen en cuentas del sistema financiero, es decir, información sobre operaciones pasivas.

De la misma manera, el art. 143° de la Ley del Sistema Financiero, además de recoger las excepciones previstas en la carta magna, precisa que la SUNAT puede acceder al levantamiento del secreto bancario mediante una solicitud dirigida al Juez, la cual deberá ser resuelta en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas.

Como se puede apreciar, queda claro que la vía regular para que la SUNAT conozca los datos resguardados por el secreto bancario, dentro de sus funciones, era solicitando su levantamiento ante el Juez correspondiente, tal como lo prevé la carta magna.

No obstante, en los años 2016 y 2018 el Gobierno del Perú emitió dos decretos legislativos que resquebrajaron la protección constitucional del secreto bancario, como se verá a continuación.

El Decreto Legislativo, (en adelante, DL), No. 1313, publicado el 31 de diciembre de 2016, incorporó el art. 143-A° a la Ley del Sistema Financiero, que disponía que “las empresas del sistema financiero, suministran a la SUNAT, información sobre operaciones pasivas de las empresas del sistema financiero con sus clientes referida a saldos y/o montos acumulados, promedios o montos más altos de un determinado periodo y los rendimientos generados, incluyendo la información que identifique a los clientes, tratándose del cumplimiento de lo acordado en tratados internacionales o Decisiones de la Comisión de la CAN” (subrayado propio).

La vigencia de dicha disposición estaba supeditada a que mediante Decreto Supremo se reglamente la información que sería proveída por las empresas financieras.

Debe notarse que esa incorporación en la citada ley se debió a que la SUNAT buscaba obtener información financiera con la finalidad de cumplir con los tratados internacionales o Decisiones de la CAN.

Por otro lado, mediante el DL No. 1434, publicado el 16 de setiembre de 2018, se modificó el art. 143-A°, disponiendo lo siguiente:

“Artículo 143-A°. - Información financiera suministrada a la SUNAT Las empresas del sistema financiero, suministran a la SUNAT, la información financiera distinta a la desarrollada en el numeral 1 del artículo 143° de la presente Ley, tal como se establece en el numeral 2 del párrafo siguiente. (...)”

2. La información que se puede suministrar versa sobre operaciones pasivas de las empresas del sistema financiero con sus clientes referida a saldos y/o montos acumulados, promedios o montos más altos de un determinado periodo y los rendimientos generados, incluyendo la información que identifique a los clientes, de conformidad a lo regulado por Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas. En ningún caso la información suministrada detalla movimientos de cuenta de las operaciones pasivas de las empresas del sistema financiero con sus clientes ni excede lo dispuesto en el presente párrafo, para lo cual la SUNAT tiene habilitado el procedimiento de

levantamiento judicial del secreto bancario establecido en el numeral 1 del artículo 143° de la ley. (...)” (subrayado propio).

El numeral 3 del referido art. indicó que “El suministro de información financiera se realiza únicamente en dos supuestos: a. El cumplimiento de lo acordado en tratados internacionales o Decisiones de la Comisión de la CAN. b. El ejercicio de la función fiscalizadora de la SUNAT para combatir la evasión y elusión tributarias.”

La vigencia del art. 143-A° de la Ley del Sistema Financiero estaba supeditada a su reglamentación mediante Decreto Supremo.

Así, el 31 de diciembre del año 2020 se publicó en el Diario El Peruano el Decreto Supremo (en adelante, DS), No. 430-2020-EF, modificado por el DS. No. 009-2021-EF (en adelante, Reglamento), cuyos artículos 4° y 5° disponen la obligación de las empresas financieras a brindar información a la SUNAT respecto de las cuentas con sumas iguales o mayores a S/. 30.800.00, para lo cual dichas entidades deben presentar una declaración en donde informaran respecto del primer semestre y otra por el segundo semestre dentro de los tres meses siguientes de culminado cada semestre. La vigencia del Reglamento y, en consecuencia, de lo ordenado por el art. 143-A° de la Ley del Sistema Financiero, empezó el 1 de enero de 2021.

Es así como esta medida refuerza la función de la SUNAT para que en su actividad fiscalizadora pueda combatir mejor la evasión y la elusión tributaria; ello mediante el levantamiento del secreto bancario sin alguna autorización judicial correspondiente.

De acuerdo con el artículo 4° del Reglamento, la información que se exige presentar a las entidades financieras incluye “saldo y/o montos acumulados, promedios o montos más altos y los rendimientos generados en la cuenta durante el período que se informa”. Al respecto, el concepto de “monto más alto” se encuentra descrito en el art. 2° del citado Reglamento, que lo define de la siguiente manera: “Montos más altos: al monto del cargo y del abono más alto

realizado en una cuenta en el período que se informa. De haber solo cargos o solo abonos en dicho período, el monto del cargo o del abono más alto, según corresponda”.

Si bien dichas medidas tienen como finalidad mejorar la recaudación de los impuestos y la lucha contra la evasión fiscal, cabe cuestionarse sobre su validez constitucional.

Como se mencionó, el derecho al secreto bancario no es absoluto, sino que permite algunas excepciones. Por ejemplo, cuando se debatía la constitucionalidad del Impuesto a las Transacciones Financieras (en adelante, ITF), el TC indicó que dicho impuesto era constitucional y no violaba el secreto bancario en la medida que los datos se infieren indirectamente a partir de la recaudación de dicho tributo (TC, Exp. No. 0004-2004-AI/TC, 2004).

Sin embargo, es necesario señalar el desempeño que ha tenido el ITF a lo largo de estos años, creándose con la finalidad de luchar la elusión y la evasión tributaria, pese a ello el mismo, no ha tenido respuestas positivas, y como prueba de ello se tiene al Decreto que dispone la obligación de las empresas financieras a brindar información a la SUNAT, el cual incurre en la afectación de derechos económicos a pesar de buscar y de tener la misma finalidad que el ITF, luchar la evasión y elusión tributaria como menciono anteriormente; por tanto, en la presente investigación no solo se demostrara la posible inconstitucionalidad de la norma sino también se propondrá una solución de refuerzo al ITF.

No obstante, con la medida adoptada por el DL No. 1434 y el Reglamento, se aprecia que las empresas financieras darán a conocer directamente a la SUNAT la información de las operaciones pasivas de sus clientes. Así, esta medida no constituye un mecanismo indirecto de recopilación de información como ocurre con el ITF (Antier, 2021, pp. 2-3).

Adicionalmente, en la sentencia recaída en el Exp. No. 0004-2004-AI/TC, el TC declaró que el art. 17° de la Ley No. 28194, que obligaba a las empresas financieras a otorgar información respecto de las operaciones pasivas de sus

clientes que estaban exoneradas del ITF, era inconstitucional. El tribunal fundamentó que el art. 17° de la Ley No. 28194 es “incompatible con el principio de razonabilidad, puesto que, al franquear a la SUNAT el conocimiento de operaciones en el sistema financiero exoneradas del ITF, sin que medie una decisión judicial, del Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso, se quiebra el nexo lógico que auspiciaba la intervención de la entidad competente en materia tributaria; esto es, la existencia de una operación gravada” (TC, Exp. No. 0004-2004-AI/TC, 2004).

Sin perjuicio de cuestionamientos constitucionales expuestos, el propio Reglamento excede lo dispuesto por el art.143-A° de la Ley del Sistema Financiero, pues dicho artículo taxativamente señala que la información suministrada por las entidades financieras no debe detallar las operaciones pasivas, sin embargo el Reglamento exige que se informe los montos referidos al cargo y abono más alto en un determinado periodo, lo cual implica informar sobre los detalles de movimientos de operaciones pasivas.

En base a dichos argumentos se cuestiona la constitucionalidad de ambas normas. Autores como Picón (2021) señalan “que los otros países que tienen una medida similar a la adoptada por el Perú no tienen constitucionalmente reconocida la protección al secreto bancario, por lo que las administraciones tributarias tienen acceso irrestricto a las cuentas del sistema financiero”. Ese no es el caso del Perú, pues nuestro país si tiene la protección constitucional del secreto bancario, por lo que cuando alguna autoridad busca levantar el secreto bancario, requiere una autorización especial otorgada por un juez. Si el propósito de la SUNAT es acceder a dicha información debería buscar una modificación a la constitución. De otro lado, Ontier (2021) también cuestiona la constitucionalidad de esta medida, pues vulnera el secreto bancario y el derecho a la intimidad de las personas (p.3).

Así, la realidad problemática de la presente investigación es la posible inconstitucionalidad de las medidas adoptadas por los Decretos Legislativos No. 1313 y No. 1434 (que incorporaron y modificaron el art. 143-A° de la Ley del Sistema Financiero) y el Reglamento, dado que vulnera el secreto bancario y el

derecho a la intimidad. Para ello es pertinente que a través de la presente investigación se estudie el contenido constitucional y legal del derecho al secreto bancario, la finalidad y origen de la medida adoptada por Perú mediante las normas antes citadas, y verificar si dicha medida supera la prueba de proporcionalidad, y además robustecer al ITF, lo cual nos llevara por lo menos a dar con una solución que combata la evasión y/o elusión tributaria.

Cabe precisar que a la fecha del presente estudio aún se pueden presentar las demandas de inconstitucionalidad de los mencionados decretos legislativos, pues aún no ha transcurrido su plazo de prescripción, que según el art. 100° del Código Procesal Constitucional es de seis (6) años contados desde la publicación de la norma. Así, el plazo para interponer las respectivas demandas de inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos antes mencionados, vence el 31 de diciembre de 2022, para el primer caso, y el 16 de diciembre de 2024, para el segundo caso. Así, el TC aún puede declarar la inconstitucionalidad de los mencionados decretos legislativos.

Del mismo modo, la inconstitucionalidad del Reglamento se podrá demandar mediante un proceso de Acción Popular, según el proceso constitucional descrito en los artículos 75° y siguientes del Código Procesal Constitucional.

No obstante, la presente investigación propondrá un reforzamiento de la regulación del ITF, para que de tal modo se refuerce la actividad fiscalizadora de la SUNAT en la tarea de combatir la elusión y/o evasión tributaria, que respete los derechos fundamentales reconocidos en nuestra carta magna.

4.2. Sistema de Hipótesis

4.2.1. Hipótesis.

Necesaria norma constitucional adoptada por el Estado peruano que respete el derecho fundamental, protegido por el secreto bancario, y que permita a la SUNAT seguir combatiendo la elusión y/o evasión tributaria libremente.

VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIÓN	INDICADORES	ESCALAS DE MEDICIÓN
VARIABLE INDEPENDIENTE: Nueva norma constitucional adoptada por el Estado peruano.	Constitución Política del Perú de 1993. Ley del Impuesto a las Transacciones Financieras N° 28194	Aplicación de esta modificación genera una satisfacción de lo requerido en menor tiempo.	Jurídico fáctico	Constitución Política del Perú de 1993. Ley del ITF N° 28194	Nominal
VARIABLE DEPENDIENTE: La norma idónea para combatir la lucha contra la evasión y/o elusión tributaria.	Una norma que regule la evasión y/o elusión tributaria.	En la realidad se aprecia un panorama de evasión y/o elusión tributaria.	Jurídico fáctico	Constitución Política del Perú de 1993. Ley del ITF N° 28194	Nominal

4.3. Objetivos

4.3.1. General

Determinar de qué forma las medidas adoptadas por el gobierno peruano obliga a las entidades financieras a suministrar información a la SUNAT sobre las cuentas de sus clientes, son inconstitucionales.

4.3.2. Específicos

- Analizar el contenido constitucional y legal del derecho al secreto bancario y a la intimidad.
- Describir la medida dispuesta en el Decreto Supremo No. 430-2020-EF, modificado por el Decreto Supremo No. 009-2021-EF, sus orígenes y finalidad.
- Revisar si la medida aplicada supera o no la prueba de proporcionalidad.
- Explicar el ITF como medida opcional de acceso al secreto bancario

4.4. Justificación del Estudio

El presente informe de investigación en un sentido amplio es un proceso continuo y organizado, el cual pretende conocer, dar a conocer y sobre todo entender mediante el uso y el estudio de leyes y distintas jurisprudencias la medida tomada por el gobierno, medida que como lo hemos mencionado levanta el secreto bancario, permitiéndole de esa forma a la SUNAT conocer de manera directa la información de nuestras cuentas bancarias.

Seguido de ello, se estudiara la finalidad, el efecto y las consecuencias que se tienen a raíz de la emisión de la medida tomada, buscando de esa forma justificar y motivar las respuestas frente a la realidad problemática planteada; es por ello que con el uso de procedimientos propios y planificados se busca llegar a un conocimiento concreto y creativo, el cual permitirá proporcionar resultados útiles y sobre todo aportes concretos que contribuyan a la protección de nuestra preciada Constitución, se propondrá además salidas que permitan a SUNAT combatir la elusión y/o evasión tributaria, reforzando el ITF.

Es por ello, que, mediante una perspectiva jurídica, esta investigación con el uso de preguntas claras y sin recaer en la ambigüedad cuestiona el funcionamiento de las medidas, así como también, la constitucionalidad de esta; teniendo como punto de partida la comprensión y conocimiento de la forma de la medida ya mencionada, y la constante lucha que tiene el ente encargado, como lo es SUNAT.

Marco de Referencia

5.1. Antecedentes del Estudio

5.1.1. Internacionales

En el 2013, en Venezuela, se publicó un artículo en donde se analizaba el ITF en América Latina, el cual mencionaba que aquel impuesto se había puesto de moda ya que aumentaron los ingresos pertenecientes a las arcas del Estado en épocas de crisis; menciona además que una de las finalidades del ITF era luchar contra la economía informal e incrementar la recaudación tributaria mediante la información que se obtiene en el sistema financiero.

El aporte que tiene este artículo es bastante interesante, puesto que menciona que una de las principales dificultades en América Latina para el desarrollo económico se encuentra personificado por el sector informal, ya que al no estar incorporados de forma legal no contribuyen a sus respectivos gobiernos mediante el pago de tributos, y como resultado de ello no tienen acceso a las distintas gracias que el gobierno implementa para motivar la realización y práctica de actividades lícitas.

Dentro de mencionado artículo, también se señala que el ITF, es un instrumento que proporciona a los gobiernos información pertinente sobre las operaciones que realizan sus usuarios, otorgándole al Estado los datos necesarios para descubrir presuntos fraudes y evasiones de impuestos, debido a que los contribuyentes deben cumplir con el pago de sus impuestos acreditando su retención.

5.1.2. Nacional

El antecedente nacional que se presenta en esta investigación es una demanda de inconstitucionalidad interpuesto por distintos Colegios de nuestro país.

Sobre los DL No. 939 y No. 947, los cuales crean el ITF, así como la ley para la lucha contra la evasión y para la formalización de la economía.

Los Colegios que interponen la demanda, opinan que las acciones adoptadas por el gobierno en los Decretos Legislativos ya mencionados, son contrarios a nuestra Constitución, fundamentando que infringen derechos como a la libertad de contratar e incluso de propiedad, el derecho al secreto bancario, entre otros derechos, así como también se vulneraría el principio de no confiscatoriedad de los tributos, y la obligación constitucional otorgada al Estado de garantizar y fomentar el ahorro en los ciudadanos.

En respuesta de ello, el TC indicó que dicho impuesto era constitucional y no violaba el secreto bancario puesto que los datos se infieren indirectamente a partir de la recaudación de dicho tributo.

Del mismo modo el TC, respecto del secreto bancario, ha señalado que la defensa que le otorga la Constitución tiene como finalidad “asegurar la confidencialidad de la esfera de la vida privada del o de los individuos, así como también de las personas jurídicas de derecho privado, siendo estos los principales sujetos de protección”. He de afirmar que el secreto bancario está dentro del argumento del derecho a la intimidad protegido por la Constitución; siendo necesario recordar, que el mismo puede ser levantado por ciertas personalidades del Estado.

De conformidad con lo antes mencionado, el TC considera además que existe un supuesto que habilita el permiso para que SUNAT pueda ceder la información financiera de los clientes, conformado por todas aquellas operaciones gravadas con algún impuesto, señalando que mencionado impuesto debe contar con un término de temporalidad en el ordenamiento jurídico.

Es así como, a diferencia del ITF, el DL No. 1434, el DS No. 430-2020-EF ni su anexo, establece un impuesto respecto de las operaciones pasivas a los clientes de las empresas financieras, por el contrario, estas son normas sin límite de tiempo, que habilitan la transferencia de información a SUNAT, vulnerando de esa forma el derecho fundamental al secreto bancario.

Así mismo, el TC en referida sentencia, indica que, al romperse el “nexo relacional entre la aplicación de un impuesto temporal, como lo es el ITF y el traslado de información a SUNAT, se afectaría el subprincipio de necesidad correspondiente a la prueba de proporcionalidad”, lo que involucraría que la oportunidad que hoy en día tiene SUNAT para administrar información resguardada por el secreto bancario se despliegue de manera indefinida.

Por lo antes mencionado, concluyo que el Decreto que otorga el permiso a ser informada de operaciones que no contienen un nexo relacional a SUNAT, trasgrede el derecho fundamental al secreto bancario.

5.2. Marco Teórico

5.2.1. Marco Histórico

5.2.1.1. Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Ley N° 26702.

El objetivo principal de esta ley se inclina a proporcionar el funcionamiento del sistema financiero y de seguros, haciendo de ellos un sistema competitivo, sólido y sobre todo confiable, para que de esa forma se contribuya al desarrollo nacional.

5.2.1.2. Decreto Legislativo. Decreto que faculta a las empresas financieras a brindar información a la SUNAT.

5.2.1.3. Decreto Supremo N° 430-2020-EF, modificado por Decreto Supremo N° 009-2021-EF. Decreto que dispone la obligación de las empresas financieras a brindar información a la SUNAT sobre las cuentas con sumas iguales o mayores a S/. 30.800.00, presentando dichas entidades la información en el primer semestre y otra por el segundo semestre dentro de los tres meses siguientes de culminado cada semestre.

5.3. Marco Conceptual

5.3.1. Derecho a la Intimidad Constitucional

5.3.1.1. El Derecho a la Intimidad en el derecho comparado.

Es preciso mencionar que no podemos hablar de democracia, ni de Constitución sin que no exista el respeto de los derechos humanos; es así como antes de desarrollar algunas comparaciones del derecho a la intimidad, es necesario señalar la forma en que nuestro país toma el mismo.

Este derecho en nuestro país hace referencia a que toda persona merece la protección de su entorno personal y familiar. La Constitución señala además que tenemos el derecho a que no se facilite información que afecte nuestra intimidad personal o familiar, señalando como excepción a que esta pueda conocerse por mandato legal o por autorización judicial.

El análisis histórico del derecho a la intimidad en el derecho comparado demuestra que la concepción de intimidad fue evolucionando de manera lenta y tuvo una escasa construcción del sistema legal. Así pues, en la Declaración de Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776 se refiere a la intimidad como el resguardo del ámbito físico del domicilio, en la Asamblea Nacional Francesa en 1790 se trató a la intimidad como al principio de inviolabilidad de la correspondencia, y en la Constitución de los Estados Unidos de 1787, se reconoce al principio de la intimidad en la IV Enmienda, en donde se menciona que el pueblo contra las inquisiciones o apoderamientos injustos tiene derecho a estar seguro en persona, en casas, en papeles y en efectos.

En México, por ejemplo, autores como Méjan (1996), citado por el autor Jorge Carlos Estrada Avilés, lo define, como “el conjunto de circunstancias, cosas, experiencias, sentimientos y conductas que un ser humano desea mantener reservado para sí mismo, con la libertad de decidir a quién le da acceso al mismo según la finalidad que persiga y que impone a todos los demás la obligación de respetar y pudiendo solo ser obligado a develar la información en casos justificados cuando la finalidad perseguida por la develación sea lícita” (p. 3).

Altamirano (2000), citado también por Jorge Carlos Estrada Avilés, menciona que el derecho a la privacidad o a la intimidad es “aquel derecho humano por virtud del cual la persona, llámese física o moral, tiene la facultad o el poder de excluir o negar a las demás personas del conocimiento de su vida personal, además de determinar en qué medida o grado esas dimensiones de la vida personal pueden ser legítimamente comunicados a otros” (p. 3).

Cabe mencionar que este derecho en la actualidad en dicho país, cobra un mayor grado de relevancia puesto que los grandes avances tecnológicos han hecho cada vez más indefensos a los individuos frente al entrometimiento de la vida privada, quedando en claro con ello que ya no solo basta con la protección de derechos tradicionales como la vida y la salud, sino que también se hizo necesario proteger la vida privada generando con ello el disfrute de esta sin tener obstáculos de ninguna especie.

Es preciso señalar que, en México, al igual que en nuestro país el derecho a la intimidad alberga una gran diversidad de prohibiciones, por ejemplo, la revelación de información íntima de los individuos e incluso prohíbe las grabaciones desautorizadas. A pesar de ello, en dicho país el derecho a la intimidad como tal se encuentra parcialmente protegido y no se encuentra reconocido como tal en su Constitución, generando de esa forma una laguna legal y deja con ello la puerta abierta a vulneraciones.

En el Reino Unido, por ejemplo, tras la ausencia de precedentes en su sistema no ha sido posible hablar de la existencia de este derecho, siendo preciso mencionar que, a pesar de haberse generado diversos proyectos de ley para proteger el derecho a la intimidad, ninguno ha prosperado, dejando a razón de ello abierta la posibilidad a distintas formas de vulneración al derecho a la intimidad tal y como ocurre en México.

Otro de los países con una interesante protección del derecho estudiado es Italia, en donde tras la presión social, se promulgó la Ley 675/96, la cual exige el resguardo de la información no solo de personas físicas sino también de cualquier sujeto jurídico, en la que se tiene por objeto el tratamiento de los datos

personales, protegiendo de esa forma la privacidad en sus diversas variantes, tales como, el derecho a un consentimiento informado, el derecho a la calidad de los datos, acceso a la información personal, cancelación de los datos, rectificación, oponerse a la revelación o uso de la información y el derecho a la seguridad de los datos.

Uno de los países latinoamericanos que destaca en sus avances jurídicos, es Costa Rica, país en el que se reconoce de manera expresa la garantía del derecho a la intimidad, asociando ello con la libertad y el secreto de las comunicaciones. Es así como, en su Constitución, específicamente en su artículo 24°, señala que serán inviolables los documentos privados y las comunicaciones tanto escritas, como orales o de cualquier tipo, y que serán los tribunales quienes ordenen la intervención e investigación.

Por otra parte, en Estados Unidos se promulgo la Privacy Act, de 1974, ley en la que se reconoce que el derecho a la intimidad es un derecho personal y sobre todo fundamental, protegiendo de esa forma la intimidad de las personas, salvaguardando los datos que pudieran ser utilizados por organismos públicos, teniendo en cuenta el peligro que representan las nuevas tecnologías informáticas.

El mencionado país aporta interesantes opiniones respecto del derecho a la privacidad, ya que, según el estudio realizado por Shaattuck citado por Pérez (2000), indica que este derecho alberga cuatro grandes temas: “1) Libertad o seguridad frente a cualquier tipo de intromisiones indebidas en la esfera privada; 2) Garantía del respeto a las opciones personales en materia de asociación o creencias; 3) Tutela de la libertad de elección sin interferencias, y 4) Posibilidad de los individuos y grupos de acceder y controlar las información que les atañen” (p. 52). Pudiéndose con ello entonces concebir la idea de que el derecho a la privacidad e intimidad no solo es de carácter individual, sino que puede verse representado tanto como un derecho constitucional, y como una responsabilidad civil.

5.3.1.2. El Derecho a la intimidad en el Perú y su fundamento.

La palabra “intimidad” proviene del latín *intus*, que da idea de algo interior, de algo profundo y por consiguiente oculto, concluyendo de lo mencionado que cuando nos referimos al derecho a la intimidad, refiriéndonos ámbito individual y personalísimo del individuo.

Podríamos entonces con ello afirmar que el derecho a la intimidad es necesario para el pleno desarrollo de la personalidad, debiendo este encontrarse libre de cualquier intromisión ilegítima, garantizando con su sola existencia el desenvolvimiento de la vida del individuo e incluso la conducta de este. Algunas de las características de este derecho es el ser innato, el ser vitalicio e intransferible.

Lo íntimo es lo reservado de cada persona, lo que no puede ser invadido por los demás y que por su carácter tiene un gran grado de protección frente a los demás.

Raúl Cervini (2016), en su artículo “El fundamento del secreto bancario”, sostiene que la intimidad materialmente es la normativa jurídica que define el espacio en el que los ciudadanos reservan para sí mismos o para sus íntimos información, apartando a la misma de todo conocimiento de terceros; considerando que el derecho a la intimidad tiene consigo el deber de respetar el ámbito netamente personal del individuo (p. 14).

Para Pérez (2000), mencionado derecho es fundamental para toda persona, el cual excede los términos de las libertades individuales, se presenta como cláusula de la colectividad, cuya regulación jurídica no puede pasar por alto la importancia social que tiene (p. 324).

Para Carbonell (2006), citado por Marcos Alejandro Celis Quintal, este derecho halla su defensa en la necesidad de separar el ámbito público y privado; por tanto, el derecho a la intimidad se encuentra relacionado con la protección de datos personales, protegiendo con ello la invasión que pueda llevarse a cabo

o en la vida personal o familiar que el individuo quisiera excluir de terceros, dándole con esto el poder de control y de uso sobre sus personales datos (p. 74)

Pudiendo entonces, dar por entendido que la protección de la privacidad no solo tiene que ver con que otras personas conozcan aspectos de nuestra vida particular, sino que este derecho obliga mantener una postura alejada para no afectar la vida privada, manteniendo por consecuente incólume su privacidad.

Por su parte Novoa Monreal, citando a Morales (1995), propone una lista correspondiente a la vida privada, enumerando situaciones, actividades y fenómenos, tales como: “ideas y creencias religiosas e incluso políticas que cada individuo desee sustraer al conocimiento, aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual, aspectos no conocidos por extraños de la vida familiar, haciendo énfasis en el ámbito vergonzoso del individuo y que de ser conocido generaría críticas, afecciones de la salud, la vida pasada, orígenes familiares, el cumplimiento de las funciones fisiológicas de la excreción, y de hechos y actos relativos al propio cuerpo, e incluso momentos penosos de extremo abatimiento y en general, todo aquel dato o hecho no conocido por otros cuyo conocimiento produzca perturbación moral” (p. 55).

De lo mencionado podemos notar entonces que el derecho a la intimidad está ligado en su totalidad con aspectos de la vida humana que tiene alto valor para el sujeto, prefiriendo este dejar de lado y poniendo esta información en desconocimiento de los demás.

En la Constitución peruana, el mencionado derecho hace referencia a lo personal y a lo familiar del sujeto, aludiendo que la información privada pertenece de forma exclusiva al sujeto.

En efecto, como se indicó anteriormente, nuestra carta magna reconoce en su art. 2º, un conjunto de derechos fundamentales, entre ellos el recogido en el inciso 7, el cual refiere “que toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propia; buscando con ello preservar el aspecto privado de la vida de la persona”.

Existe una interesante forma de abordar el tema del derecho a la intimidad, propuesto por Hubmann (1953), citado por Cervini (2016), como se indica a continuación.

Hubmann, propone a la teoría de las esferas, dividiéndola en tres áreas:

“1) la esfera individual, la cual comprende la protección del individuo en la sociedad, como lo es el honor o la integridad. 2) la esfera privada, esfera que abarca la defensa del individuo ante la sociedad, abarcando aspectos íntimos de la vida privada del sujeto, esta esfera contiene la información que el sujeto no desea que se convierta o que sean conocidos por terceros, siendo más que todo una esfera que contiene un carácter de confidencialidad o de confianza, ya que comprende los hechos o las noticias que el sujeto hace partícipe a personas de particular confianza y que incluso excluye a personas que se encuentran dentro de la vida privada y familiar. 3) la esfera de secreto, esta esfera atiende a los hechos que por su propia naturaleza son inaccesibles a todo el que no sea titular, trascendiendo en su protección y su defensa al conectarse con aspectos relevantes del sentir interno”.

Una de las sentencias más relevantes sobre el tema bajo análisis fue la emitida por el TC del Perú de fecha 24 de noviembre del 2004, recaída en el Exp. No. 02068-2004-AA, la cual analizaba una denuncia cuyo petitorio solicitaba ordenar la reincorporación del recurrente al servicio activo de la PNP.

En la referida sentencia el TC citó los fundamentos de la sentencia de fecha 21 de enero del 2002, recaída en el Exp. No. 0014-2002-AI/TC, en la que se mencionó que es muy distinto restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra muy distinta es el suprimirlo, ya que el restringir de un derecho no comporta su supresión, sino que solo establece condiciones para realizarse su ejercicio. Esta posición del TC invita a plantearnos la idea de que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que pueden ser limitados, sin que aquella limitación implique de por sí una inconstitucionalidad de la norma limitativa.

De otro lado, el TC del Perú, en la sentencia de fecha 29 de enero del 2003, recaída en el Exp. No. 01797-2002-HD/TC, sostiene que el derecho a la intimidad se encuentra dirigido a la protección del derecho a la vida privada, teniendo este la facultad de repeler intromisiones ilegítimas en la vida íntima e incluso familiar de las personas. Menciona además al derecho a la autodeterminación informativa, el cual salvaguarda la facultad de todo individuo de preservar la información dominando su registro, uso y revelación de los datos que a este le concierne.

En otro caso, el TC del Perú, en la sentencia de fecha 5 de setiembre del 2012, recaída en el Exp. No. 02976-2012-PA/TC, analizó la demanda de un jefe de administración, quien consideraba que se había contravenido su derecho a la inviolabilidad de los documentos, puesto que, el semanario El Búho, habían publicado información relacionada con su remuneración, a raíz de unas boletas que él mismo les había proporcionado, a pesar de haberles advertido que estos datos no podían ser publicados y que solo las alcanzaba a fin de suministrar información verídica.

En el referido caso, el TC del Perú, definió al derecho al secreto y a la inviolabilidad de los documentos privados, como la garantía que se tiene para que personas ajenas no puedan conocer las comunicaciones o documentos privados sin estar autorizados, no pudiendo tampoco difundir documentos que contengan información confidencial, sean sus titulares personas naturales, o personas jurídicas de derecho privado, y que no hayan consentido en hacer públicos.

5.3.1.3. El secreto Bancario.

Los primeros antecedentes del secreto bancario en nuestro país inicia con la Ley No. 7159, Ley de Bancos, la cual fue promulgada el 21 de febrero de 1931, la mencionada ley establecía que salvo excepciones estaba “absolutamente prohibido al Superintendente de Bancos y a todos los empleados de la Superintendencia de Bancos dar a conocer cualquier información relacionada con los documentos, informes u operaciones de cualquiera empresa bancaria o proporcionar a persona alguna que no esté al servicio de la Superintendencia de

Bancos cualquier información con respecto a las operaciones y negocios de cualquier empresa bancaria, que pudiera haber llegado a conocimiento de ellos en el desempeño de su puesto”.

Es con la nueva Ley de Bancos e Instituciones Financieras, promulgada mediante DL No. 637, en 1991, que se incorporó la facultad de los bancos para suministrar información a las autoridades respecto de las transacciones financieras y de las operaciones bancarias de quienes se encontraban implicados en narcotráfico o que se encontraban bajo sospecha.

Es preciso mencionar que, aunque la ley No. 7159 ya consignaba la responsabilidad penal para aquellos funcionarios que vulneraban el secreto bancario, esta sanción adquirió fuerza y amparo constitucional con la promulgación de la Constitución de 1993; y con la promulgación del DL No. 77 ya que en aquel año se denominó al “secreto bancario” y se logró ampliar la norma respecto de las operaciones pasivas que se llevaban a cabo por aquellos usuarios del sistema bancario.

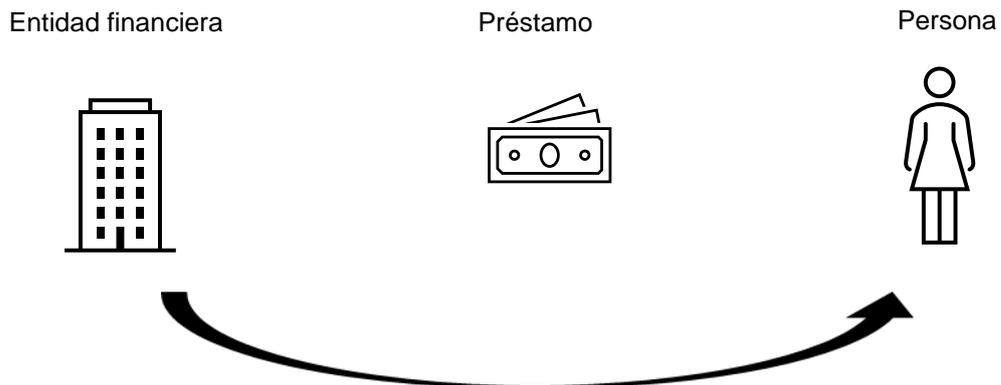
Unos años después, y exactamente en 1996, entró en vigor la actual Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley No. 26702, la cual innova con el resguardo del secreto bancario de las operaciones pasivas motivadas por los usuarios de las entidades del sistema financiero se trata, este nuevo mecanismo de resguardo se diferencia de todas aquellas normas que incluían en el secreto a todas las operaciones hechas ante los bancos.

Así, la regulación normativa del secreto bancario se encuentra descrita principalmente en los artículos 140°, 141°, 142°, 143° de la Ley No. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros.

En cuanto a las operaciones que son cubiertas por el secreto bancario, debemos distinguir entre las activas y las pasivas.

Las operaciones activas tienen que ver con los financiamientos que las instituciones generan, denominados “préstamos”, no siendo este objeto del secreto bancario, ya que todo préstamo es reportado a la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradores de Fondos de Pensiones, así mismo Infocorp y otras centrales de riesgo tiene acceso a aquella información.

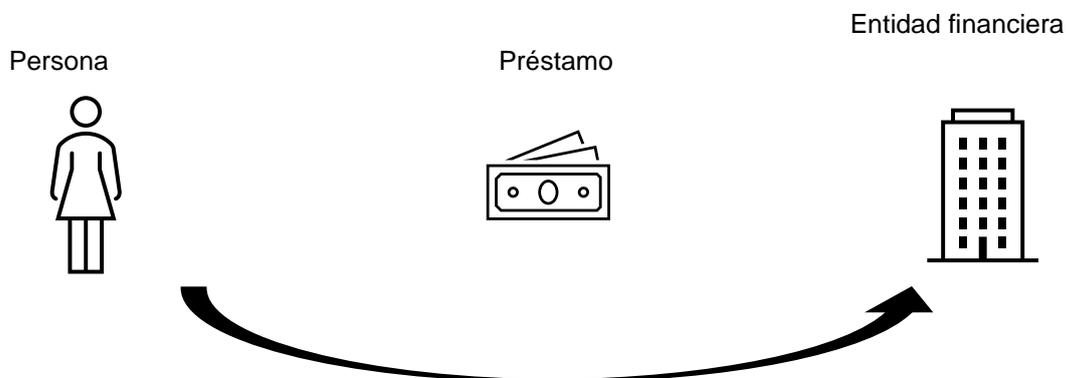
Esquema No. 01



Fuente: Elaboración propia.

Otra de las clasificaciones de las operaciones, son las operaciones pasivas, aquellas en las que son los clientes los que entregan su dinero al banco en calidad de ahorro, el cual podrá ser retirado de la entidad bancaria en la oportunidad en que el cliente/ahorrista lo considere.

Esquema 02



Fuente: Elaboración propia.

Es preciso señalar que conforme a lo señalado por el art. 140° de la Ley No. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, la información resguardada por el secreto bancario recae únicamente sobre aquellas operaciones pasivas con sus clientes, la cual como se indicó corresponde a los ahorros o similares que una persona o empresa puede tener en las entidades financieras.

Previo a la definición de secreto bancario es necesario realizar una diferencia entre el secreto y lo íntimo. Lo íntimo es lo más personal y, por consiguiente, todo lo íntimo es secreto y es reservado. De otro lado, el concepto de secreto supone el conocimiento por otra persona de algo íntimo y de algo que no puede revelarse.

El secreto bancario, es uno de los principales deberes que nacen de toda relación comercial en cuanto a operaciones pasivas entre entidades financieras y clientes, en donde se obliga a la entidad a guardar silencio respecto a la información que maneja de sus clientes y de todas aquellas operaciones pasivas que este realiza.

Es importante mencionar que la responsabilidad de discreción nace en el momento en el que el cliente deposita su confianza en la entidad financiera e inicia una relación comercial vinculada a las operaciones pasivas, pudiéndose considerar al banquero con un carácter de confidente necesario, y a quien se le deposita de forma exclusiva el conocimiento de la vida íntima financiera del usuario, como lo es la información referida a los ahorros de las personas, no es otra cosa que información vinculada a la situación o riqueza patrimonial de las personas.

Siendo esta una obligación tacita en la relación de confianza entre entidad y usuario, y sobre todo un elemento necesario; caracterizándose como se mencionó anteriormente por la obligación de confidencialidad, constituyendo además en la práctica una cuestionable aplicación.

Encuentra de esa forma su definición en la facultad legal de una entidad financiera de no revelar a las autoridades competentes información privada de sus clientes.

Siendo pertinente mencionar, que como toda regla existe una excepción, y en el caso del secreto bancario en nuestro país, se presenta cuando hay una investigación en curso, por tanto, entidades financieras se encontrarían obligados a proporcionar información de sus clientes.

En efecto, de acuerdo con el art. 2º, numeral 5 de la Constitución Política del Perú, “el secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado”. En el mismo sentido el art. 143º de la Ley No. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, establece que el secreto bancario no rige cuando la información sea requerida por:

1. “Los jueces y tribunales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado, en el que sea parte el cliente de la empresa a quien se contrae la solicitud”.
2. “El Fiscal de la Nación, en los casos de presunción de enriquecimiento ilícito de funcionarios y servidores públicos o de quienes administren o hayan administrado recursos del Estado o de organismos a los que éste otorga soporte económico”.
3. “El Fiscal de la Nación o el gobierno de un país con el que se tenga celebrado convenio para combatir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de drogas o movimientos sospechosos de lavado de dinero o de activos, entre otros”.
4. “El Presidente de una Comisión Investigadora del Poder Legislativo, con acuerdo de la Comisión de que se trate y en relación con hechos que comprometan el interés público”.

5. “El Superintendente, en el ejercicio de sus funciones de supervisión”.

Molle (1966), citado por Raúl Cervini (2016), sostiene respecto al secreto bancario, que este encuentra su sustento en el uso típico y universal de la banca para conservar con cautela los negocios del cliente frente a terceros ajenos a la relación de ente financiero y cliente; quedando el ente financiero sometido a respetar la reserva de toda información que contraiga del cliente y de las operaciones que este realice en ejecución de la relación contractual (p. 4).

Posición que tuvo buena aceptación en la doctrina italiana, siendo acogida en el fallo de la Corte di Cassazione Italiana el 18 de julio de 1974, la cual señaló que este secreto era sancionado por la costumbre comercial; y es que si analizamos esta posición, podemos denotar que el secreto bancario proviene del contrato o del acuerdo que existe entre las partes, contrato que tiene como base una relación de confianza, debiéndose este interpretarse como la obligación expresamente pactada en su propia naturaleza de buena fe.

Gilder (1944), quien también es citado por Raúl Cervini (2016), sostiene que el secreto bancario encontraba su razón de ser en la reserva de las actividades y operaciones. Entonces, a través de la opinión del autor, se puede sostener que el secreto bancario es un deber inherente al buen servicio que debía proporcionar la entidad financiera; trascendiendo de esa forma sobre los intereses de los terceros particulares. (p. 5)

Pudiendo advertir de lo antes mencionado que el secreto bancario como tal no constituye un derecho autónomo, sino que se encuentra incluido dentro del derecho a la intimidad, existiendo entonces el deber de guardar confidencialidad sobre la información personal antes de las necesidades de interés público o de la protección de otros derechos.

En la sentencia del TC de Perú de fecha 21 de setiembre del 2004, recaída en el **Exp. No. 0004-2004-AI/TC**, se analizó si el Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF) era constitucional.

Uno de los antecedentes de la mencionada sentencia, era que los demandantes consideraban que a través del impuesto antes mencionado se violaba el secreto bancario, ya que en el art.17° de la CPP menciona que la autoridad tributaria solo puede acceder a los datos bancarios de las personas de manera directa en tres únicos supuestos: a solicitud por parte del juez, así como del Fiscal de la Nación o también ante el pedido de una comisión investigadora del Congreso, y que el ITF planteaba la injustificada necesidad, indebida e incluso inconstitucional de conocer la información de los movimientos bancarios de los ciudadanos, considerando que el real interés del Estado era conocer y acceder a la información financiera de sus usuarios y no conocer la base imponible del tributo.

Los demandantes consideraron además que afectaba el principio tributario de no confiscatoriedad de los tributos, argumentando que el ITF afectaba de primera mano al capital de la empresa y se aplicaba sobre el activo circulante de esta, haciendo todo lo mencionado sin sopesar la verdadera capacidad económica del obligado. Se argumentaba además que sobre los mismos impuestos se gravaba otros impuestos, generando de esa forma una doble imposición.

Sobre la consideración de vulneración al secreto bancario, el Tribunal Constitucional bajo los siguientes argumentos sostuvo que dicho derecho se ciñe solo a la confidencialidad de los datos recabados sobre las operaciones pasivas, es decir, sobre el dinero que los clientes entregan a los bancos, sirviendo estas de reservas; afirmó además que la discreción de la información que ofrecen las entidades financieras responden a prácticas contractuales, no significando ello que aquello se encuentra bajo la tutela constitucional; y que respecto del contenido de la información que la Administración Tributaria conozca, es decir, la declaración y el pago del ITF no se encuentra vinculado a las operaciones

pasivas, y evitando recaer con ello en la vulneración del derecho al secreto bancario.

Y de lo antes mencionado, agrega que “el monto total de las operaciones gravadas por el ITF incluye a las operaciones tanto activas como pasivas, pero que cuando se informe el monto total de dichas operaciones será imposible poder distinguir lo que corresponde a cada tipo de operación e incluso no se podrá determinar a detalle la suma de cada operación pasiva, así como tampoco se podrá informar sobre la suma de lo depositado antes de la declaración, ni del monto existente después de ella”, y respecto de las operaciones exoneradas menciona que lo declarado se expresara en términos globales sin hacer ningún tipo de distinción entre operaciones activas y pasivas. El Tribunal Constitucional concluyó respecto de este apartado que las informaciones conferidas a la Administración Tributaria se conservarán en reserva puesto que solo será utilizada para fines tributarios.

Y acerca de la alegada afectación del principio de no confiscatoriedad, el Tribunal Constitucional, sostiene que el ITF no es un impuesto que grava la renta, por lo que cuando los demandantes mencionan que grava de manera directa el capital empresarial no están siendo pertinentes; el Tribunal añade además que “la utilización obligatoria de los medios de pago en el sistema financiero para ciertas operaciones y que el ITF no generan efectos confiscatorios, dado que la alícuota es del 0.10% de la transacción, monto que decrecerá progresivamente con el tiempo”; concluye finalmente que el mencionado impuesto “no extrae una parte importante de la propiedad particular ya que la tasa es razonable y proporcional”.

Mediante esta sentencia se puede rescatar que a través del secreto bancario y de la reserva tributaria se buscará preservar un aspecto de la vida privada de los ciudadanos.

Finalmente, el Tribunal Constitucional bajo los argumentos ya expuestos determino la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 17° de la Ley No. 28194, señalando además que las empresas del sistema financiero deberán dar

cuenta a la Administración Tributaria sobre la declaración brindada que además será jurada, ello debiéndose dar en la forma, condiciones y plazos que establezca el Reglamento, señala además que el conocimiento de SUNAT de las operaciones en el sistema financiero exoneradas del ITF, sin que medie una decisión judicial, del Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso, quiebra la compatibilidad que existe con el principio de razonabilidad.

Es así como, el TC del Perú, mediante la sentencia de fecha 21 de enero del 2004, recaída en el **Exp. No. 1219-2003-HD**, respecto del derecho a la intimidad consideró que este tiene un carácter económico que es otorgado a través del secreto bancario, y que su protección constitucional busca sobre todo asegurar la confidencialidad de una esfera privada de la vida sea del individuo o de la persona jurídica de derecho privado, siendo necesario la confidencialidad de las operaciones bancarias de quienes pertenecen a la entidad del sistema financiero.

A manera de conclusión parcial de este capítulo, puede indicarse que el derecho al secreto bancario es un derecho incluido en el derecho a la intimidad en el art. 2°, numeral 10 de nuestra Constitución, el cual a lo largo del tiempo ha tenido un proceso evolutivo que lo llevó a tener diferentes interpretaciones consagradas todas ellas en las diferentes constituciones, así como también lo llevó a tener diferentes concepciones y dentro de ellas rescato el de considerar que el secreto bancario forma parte de un deber inherente al buen servicio que es proporcionado por la entidad financiera, pudiendo trascender de esa forma sobre los intereses de los terceros particulares.

Así mismo, rescato el sustento que tiene nuestro TC en la sentencia de fecha 29 de enero del 2003, recaída en el **Exp. No. 01797-2002-HD/TC**, al considerar que el derecho a la intimidad está protegido por el derecho a la vida privada, el cual además rechaza intromisiones ilegítimas en la vida íntima e incluso en la familiar, garantizando de esa forma la facultad de preservar la información del sujeto.

Y respecto del secreto bancario, es preciso señalar que este es una de las principales responsabilidades de la relación comercial que existe entre entidad financiera y cliente, en la que se obliga a la entidad a guardar silencio respecto de la informa que este maneja de sus clientes.

5.3.2. SUNAT y su Potestad Tributaria, frente al Levantamiento del Secreto Bancario

5.3.2.1. Contexto de la Medida adoptada

5.3.2.1.1. El Perú y la OCDE.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), corresponde a una entidad de carácter internacional, la cual tiene como misión diseñar mejores políticas con la finalidad de lograr generar una vida mejor en la sociedad.

Promocionar políticas que favorezcan la prosperidad, las oportunidades, la igualdad y el bienestar de la sociedad.

Nuestro país inicio su acercamiento a esta organización en el año 1998, buscando desde entonces consolidar su sistema democrático y su estabilidad macroeconómica.

La OCDE exige al Perú ciertas modificaciones legislativas a efectos de que pueda formar parte del conjunto de países que lo integran, tales como Alemania, Canadá, España, Japón, Reino Unido, Chile, entre otros, los cuales tienen como cualidad principal el ser jurisdicciones que permiten el desarrollo económico interno y externo, con un adecuado sistema legal que ofrezca a los inversionistas seguridad jurídica y predictibilidad en cuanto a sus inversiones. Estas medidas incluyen, por ejemplo, un deber y compromiso de cooperación internacional de parte de los países integrantes del OCDE, así como de los países candidatos (como el Perú) para temas de transparencia fiscal internacional, lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, entre otros.

Desde el año 2008 el gobierno peruano, presidido en ese entonces por Pedro Pablo Kuczynski, requirió al legislativo de la República que se deleguen facultades para dictar normas legales en los rubros correspondientes que permitan avanzar con el objetivo de, finalmente, formar parte de los países que conforman a la OCDE.

El incumplimiento al pago de los impuestos es un tema de lucha constante en el Perú. A lo largo del tiempo el Estado peruano a través de diferentes esfuerzos ha intentado invitar, recordar e incluso a inducir a la población a contribuir, no obstante, pese a ello esto no se ha logrado, puesto que la informalidad en nuestro país sigue siendo aún un gran factor de incumplimiento.

Arango Martin (2021), vocero de la Asociación de Bancos del Perú, afirmó en la sesión extraordinaria de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, que la evasión y la elusión encuentran su raíz en la informalidad y que para combatirla debemos lograr la formalidad a través de la inclusión financiera y la bancarización.

5.3.2.1.2. Antecedentes.

El 6 de octubre del 2016 se tuvo el primer paso del proceso de modificaciones exigidas, a través de la promulgación de la Ley No. 30506, Ley que tuvo como objetivo delegar en el Poder Ejecutivo las facultades de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, y entre otras funciones.

La mencionada ley, en su artículo 2°, precisa que el Poder Ejecutivo está facultado para legislar en materia de reactivación económica y formalización con la finalidad de adecuar la legislación nacional a los estándares y recomendaciones internacionales exigidos por la OCDE, respecto de la información intercambiada para fines tributarios, y para la gran y constante lucha contra la elusión tributaria, logrando con ello procurar el cumplimiento de los compromisos internacionales.

En ese sentido, es preciso señalar que a lo largo del tiempo se han venido promulgando distintos decretos legislativos respecto al tema de información tributaria y el secreto bancario, ello con la meta de cumplir con las exigencias que requiere la OCDE; por lo que se hace necesario desarrollar el contenido relevante de lo mencionado.

Con fecha 31 de diciembre del 2016, se publicó en el Diario Oficial El Peruano el DL No. 1313, mediante el cual se modificó el artículo 143° de la Ley No. 26702 – Ley general del sistema financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Entre sus disposiciones se establece que la administración tributaria a la fecha se encuentra facultada para conocer al secreto bancario a través de un juez, siempre y cuando este pedido se encuentre debidamente motivado, debiendo además ser resuelto por el órgano jurisdiccional en el corto plazo de 48 horas.

Pese a lo antes mencionado, al poco tiempo se volvió a modificar la referida Ley No. 26702, pues el 19 de junio del 2018, mediante Ley No. 30823 el Congreso de la República delegó nuevamente en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de gestión económica, de integridad, entre otros; buscando con esta segunda modificación continuar perfeccionando el suministro de información financiera que las empresas de dicho sistema proporcionen a la administración tributaria. Así, el 15 de setiembre de 2018 el Poder Ejecutivo promulgó el DL No. 1434 que entre sus disposiciones se faculta a la SUNAT a acceder a los datos de las cuentas de depósitos que tienen los contribuyentes en las instituciones financieras con la finalidad de detectar y luchar contra la evasión y la elusión tributaria.

Finalmente, el DL en mención prescribe que toda aquella información que sea proporcionada por las empresas del sistema financiero a la Administración Tributaria corresponderá a las operaciones que se lleven a cabo a partir de la entrada en vigencia del Decreto Supremo que reglamente el DL No. 1434; se ordena además que los datos podrán utilizarse una vez que la Administración Tributaria haga efectiva la garantía de seguridad y de confidencialidad para el intercambio automático de la información.

5.3.2.2. En que consiste la medida.

Como se indicó previamente, en el 2016, a través del Decreto Legislativo No. 1313, se incorpora el art. 143-A° a la Ley No. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, cuya finalidad es la de cumplir con los tratados internacionales con la remisión de información financiera, facultando de esa forma a las empresas del sistema financiero a brindar información a la Administración Tributaria.

En el 2018, se modificó el art. 143-A° de la referida ley, mediante el DL No. 1434, para que además de cumplir con los tratados internacionales se busque evitar la elusión y la evasión; estableciendo que en ningún caso la información otorgada detallaría movimientos de cuenta de las operaciones pasivas, puesto que SUNAT tiene habilitado para tal efecto el mecanismo de levantamiento judicial del secreto bancario.

Dado que la vigencia de las referidas modificaciones estaba supeditada a su reglamentación, el 31 de diciembre del 2020, a través del DS No. 430-2020-EF se aprobó el reglamento de la referida medida, el cual contiene el deber de las empresas del sistema financiero a remitir información a la SUNAT, ello con la finalidad de combatir la elusión y evasión tributaria.

Ante lo mencionado, Jorge Delgado Aguirre (2021), en representación del Presidente de la Asociación de Instituciones Microfinancieras del Perú, en la sesión extraordinaria virtual, cuestionó la labor que SUNAT ha venido realizando a través de los años puesto que, en su opinión, ha costado mucho lograr que las personas le tengan confianza a la administración tributaria, y que lo justo sería que la recaudación crezca porque se logra identificar a quienes no tributan pero la realidad actual nos lleva a concluir que lo que lo ocurre es diferente.

Es preciso además mencionar que la transparencia que se busca debe tener un balance, puesto que las normas deberían aplicarse tanto para los formales como para los informales.

Autores como León (2018), consideran que el sistema financiero de nuestro país ofrece diversos servicios, “sean para las empresas MYPE como a los hogares y otras entidades a través de la Banca Múltiple, Cajas Municipales y Rurales de Crédito y de Ahorro, Entidades para el Desarrollo de las Micro y Pequeña Empresa, Cooperativas, y algunas otras entidades no reguladas como las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) y múltiples canales informales de financiamiento económico”. Afirmando además que los datos disponibles revelan que “las colocaciones para las MYPE han experimentado una expansión continua pero carente de una efectiva regulación que promueva su desarrollo y formalización”.

A raíz de lo mencionado a continuación se desarrollará de forma detallada las principales disposiciones del Decreto Supremo en cuestión:

- 1) Los sujetos obligados son: todas aquellas empresas financieras, incluyendo a las cooperativas de crédito y de ahorro.

- 2) La información para proporcionar de acuerdo con lo establecido en el art. 2°, en el que se define a las operaciones pasivas de la siguiente manera: “ A las operaciones de depósito, las cuales pueden ser: De ahorros, Cuenta Corriente, De Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), A plazo fijo y Similares que signifiquen permanencia de fondos del titular en la empresa del sistema financiero...”, dicha información se comunicará a la SUNAT mediante una declaración informativa que contendrá tal y como lo establece el art. 4° “i) En el caso de personas naturales: nombre, tipo y número de documento de identidad, número de RUC o NIT de contar con dicha información y domicilio registrado en la empresa del sistema financiero. ii) En el caso de entidades: denominación o razón social, número de RUC o el NIT de contar con esta información, domicilio registrado en la empresa del sistema financiero y, de corresponder, el lugar de constitución o establecimiento.”

- 3) Periodicidad y plazo de presentación: la periodicidad es mensual, la SUNAT establece la manera, es decir en cuanto a las condiciones y la fecha para la presentación de la información.

Estos datos serán utilizados por SUNAT a fin de poder otorgar reportes a las entidades financieras pudiendo con ello cruzar información sobre las declaraciones que los contribuyentes realizan respecto de sus tributos, logrando a través de esta detectar si hubo o no algún incremento en el patrimonio que no haya sido justificado.

SUNAT además podrá comunicarse con los titulares de las cuentas bancarias con la finalidad de regularizar posibles omisiones de declaraciones, y en caso se incumpla con el reconocimiento voluntario podrá iniciar un proceso de auditoría.

En relación a lo mencionado, es conveniente considerar que nuestra Constitución Política protege como regla el secreto bancario, admitiendo bajo excepciones la revelación de la mencionada información, siendo que ello se dará por autorización del titular, bajo solicitud de la Superintendencia de Banca y Seguros, por orden judicial, a pedido del Fiscal de la Nación, a pedido de una Comisión Investigadora y a pedido de la SUNAT cuando se trate de dar cumplimiento a los tratados internacionales de intercambio de información con otras autoridades tributarias extranjeras.

Tengamos en cuenta además que se admite constitucionalmente el acceso a cierta información del secreto bancario desde la creación del Impuesto a las Transacciones Financieras, ya que los datos se infieren de forma indirecta a partir de la recaudación de mencionado tributo.

El secreto bancario obliga a toda institución del sistema financiera a no revelar los datos personales que le son concedidos (léase, datos sobre la situación patrimonial de persona vinculados a sus ahorros), y con ello procurar que estos no sean revelados a terceros.

5.3.2.3. Principales críticas a la medida.

Uno de los principales comentarios a tomar en cuenta en este trabajo de investigación es la postura de Ontier (2021), al comentar en primer lugar, que en términos generales nuestra Constitución Política protege a el secreto bancario, admitiendo tan solo por excepción algunos supuestos en los que resulta permisible la revelación del mismo, como por ejemplo por autorización del titular, a solicitud de la SBS, por orden judicial, a pedido del Fiscal de la Nación, por una Comisión Investigadora del Congreso y a pedido de la SUNAT, en este último caso, con la finalidad de dar cumplimiento a los tratados internacionales de intercambio de información (p. 3).

Es preciso indicar que también se admite el acceso a cierta información del secreto bancario desde la creación del ITF, asumiendo esta acción como constitucionalmente valida sólo en el supuesto de que los datos se infieran indirectamente a partir de la recaudación de dicho tributo.

Pese a lo antes mencionado, desde la publicación del DL, se estableció adicionalmente en el año 2018 la excepción adicional al secreto bancario, que las empresas del sistema financiero revelen directamente a la Administración Tributaria los datos de las operaciones pasivas de sus clientes; al respecto el citado autor sostiene que la mencionada medida excede los alcances de la Constitución y que además este no constituye un mecanismo indirecto de recopilación de información como ocurre con el Impuesto a las Transacciones Financieras.

Así mismo, Amprimo (2021), a través de un análisis y debate del DS No. 430-2020-EF y su reglamento, organizado por la Academia Peruana de Derecho, señaló que la interpretación de la Constitución debe ser estricta, y las facultades que se le está otorgando a SUNAT no estarían en armonía con la norma fundamental.

Menciona además que el acceso a la información debe tener ciertos límites, puesto que considera que la información recaudada por SUNAT debe

tener como finalidad el tener una investigación mas no para tener la información almacenada.

Finalmente añado a su participación que todos concordamos con querer implementar medidas correctivas que combatan actos ilícitos, pero que no considera pertinente es que se utilice esa postura para vulnerar derechos constitucionales y para poner en peligro la seguridad social.

Es importante mencionar la opinión de Picón (2021), destacado tributario peruano, quien señala que los países que han adoptado una medida similar a la comentada no tienen constitucionalmente reconocida la protección al secreto bancario, por lo que las administraciones tributarias tienen acceso irrestricto a las cuentas del sistema financiero; lo cual no es el caso del Perú, pues, como se indicó anteriormente, el secreto bancario forma parte del derecho a la intimidad, el cual tiene protección constitucional. En ese sentido, considera el citado autor, que si la SUNAT busca acceder a dicha información debería acogerse a las vías descritas en la norma fundamental (por ejemplo, mediante un juez) o buscar la modificación constitucional (p. 2).

5.3.3. Análisis de la Proporcionalidad y Razonabilidad de la Medida Adoptada por el Gobierno

5.3.3.1. Introducción.

En el presente sub capítulo se busca analizar si la medida adoptada por el Gobierno es la única vía para alcanzar lo que se busca, o si es que en todo caso hay alguna otra medida menos lesiva para lograr la misma finalidad.

Tal y como se mencionó anteriormente, el secreto bancario, es uno de los principales deberes que nacen de la relación comercial que existe entre entidad financiera y cliente en cuanto a operaciones pasivas se refiere. Aquel obliga a la entidad a guardar en secreto la información financiera que maneja de su cliente y de todas aquellas operaciones pasivas que este realice, salvo que medie alguna de las excepciones y procedimientos descritos en la Constitución o en la ley sobre la materia.

En efecto, como en toda regla, la regulación del secreto bancario permite excepciones en las cuales pueda revelarse a determinadas personas los datos sobre las operaciones pasivas de los usuarios de entidades financieras, como por ejemplo cuando medie el pedido de un juez, del Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso, entre otros.

A pesar de lo mencionado, el 31 de diciembre del 2020, a través del DS No. 430-2020-EF, modificado por el DS No. 009-2021-EF, se reglamentó la medida que exige a las empresas del sistema financiero a remitir información a la SUNAT relacionada a las operaciones pasivas de sus clientes, ello con la finalidad de combatir la elusión y evasión tributaria.

El mencionado reglamento señala que su objetivo es disponer la información financiera que las empresas financieras deben suministrar a la Administración Tributaria con la meta de combatir la evasión y la elusión tributaria.

Señala además que el monto que se debe suministrar será sobre las cuentas con sumas iguales o mayores a S/. 30.800.00, en cuanto a las operaciones pasivas de los clientes se trata. Que la periodicidad de dicha información se dará mensualmente y que se presentará una declaración la cual informará respecto del primer semestre y otra del segundo semestre de cada año calendario.

Y finalmente, respecto a la confidencialidad y de la seguridad que debe tener la información, señala que lo obtenido por SUNAT será tratado bajo los parámetros de seguridad informática y sobre todo de confidencialidad exigidos por las internacionales recomendaciones emitidas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Dicho esto, lo que se busca en el presente capítulo es hacer una prueba de proporcionalidad, poniendo en balanza a la medida adoptada por el gobierno, versus el derecho que entra en conflicto con la medida adoptada, como lo es el derecho al secreto bancario.

Antes de proceder con el referido examen es conveniente hacer una mención previa al ITF, ya que éste impuesto servirá como referencia a efectos de verificar y comparar si la finalidad de las normas que reglamentan la remisión de información financiera sobre operaciones pasivas por parte de las entidades financieras a la Administración Tributaria coincide o no con la finalidad que busca el Impuesto a las Transacciones Financieras desde hace algunos años.

5.3.3.2. Consideración previa: Mención al impuesto o a las transacciones financieras.

Respecto de las medidas adoptadas por el poder ejecutivo en el año 2004 para luchar contra la evasión tributaria e incluso la informalidad, se creó el Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF), el 26 de marzo del 2004, a través de la Ley No. 28194, Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía.

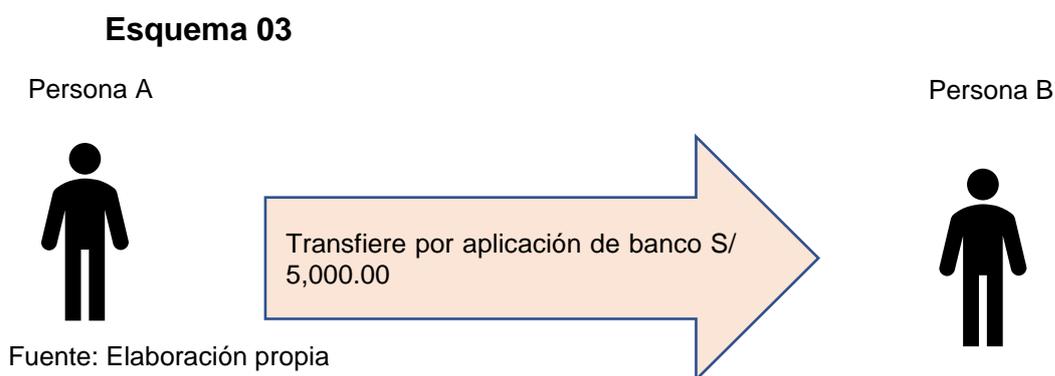
El ITF es la contribución que afecta con un tanto por ciento del monto total de la operación a determinadas operaciones realizadas a través de las empresas del sistema financiero, logrando con ello concretar todas las operaciones financieras, así como también a aquellas que se realizan en alguna otra entidad creada para realizar intermediación financiera, permitiendo con esto formalizar las operaciones financieras y encaminar mediante medios legales que permitan identificar la raíz de las mismas; este impuesto lo pagas cada vez que realizas operaciones en moneda con valor nacional o con valor extranjero.

En el Perú este impuesto se encuentra vigente desde el año 2004, regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía, aprobado por el DS N° 150-2017-EF, facilitando la tarea de identificar los aumentos patrimoniales no justificados, ayudando de esa forma a combatir la evasión tributaria y el lavado de activos.

El ITF causó una gran controversia desde su aprobación, ya que permite a la SUNAT conocer de manera indirecta los abonos, emisiones de cheques, pagos, retiros, y entre otros movimientos, es decir, todas las transacciones

llevadas a cabo a través del sistema financiero; ya que serán las empresas financieras y las empresas que realizan transferencias de fondos los encargados de declarar y de pagar el impuesto a la SUNAT.

Al 2021, la tasa del ITF es de 0.005% del valor de cada operación. Es decir que por cada mil soles de operación se genera 5 centavos de Sol de impuesto si la operación es en moneda extranjera o nacional. Lo expresado se grafica de la siguiente manera:



En este caso, el 23 de octubre de 2021, la persona “A” transfiere a la persona “B” la cantidad de S/ 5,000.00 a través de la aplicación móvil de su banco “X”. En atención a las obligaciones derivadas del ITF, el banco “X” retiene en calidad de dicho impuesto el importe de S/.0.25 por dicha operación, tanto a quien envía como a quien recibe. Posteriormente, la referida retención es informada a la SUNAT.

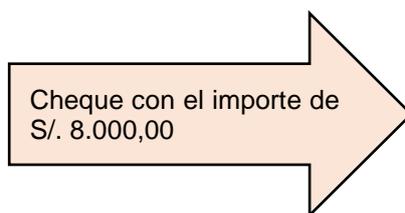
La Administración Tributaria recibe la información referida a que, con fecha 23 de octubre, se ha retenido S/.0.25 a la persona “A”, por lo que considerando que dicho impuesto es el 0.005% de la operación, podrá concluir que en dicha fecha “A” ha transferido a “B” el importe de S/ 5,000.00.

De ese modo, la Administración Tributaria al finalizar el año podrá cotejar si el dinero declarado por la persona “A” ante la SUNAT en calidad de ingresos concuerda con las transferencias, depósitos, pagos que hubiera efectuado empleando medios de pago. Así, si verifica que existe un desbalance patrimonial, la Administración Tributaria podrá efectuar una determinación del impuesto a la

renta utilizando las herramientas con las cuales está facultada (por ejemplo, determinación sobre base presunta).

Lo mismo ocurre, por ejemplo, si es que la persona “A”, con fecha 28 de octubre, realiza un cheque con el importe de S/. 8,000.00, a nombre de la persona “B”.

Esquema No. 04



Persona B



Fuente: Elaboración propia

Es así como considerando lo antes mencionado, el banco “X” retendrá el monto de S/. 0.40 a la operación en mención.

Ahora, ¿sobre qué otras operaciones se pagan el ITF? De acuerdo con el art. 9° de la referida ley, el ITF se paga también en operaciones de pagos a una empresa financiero, la entrega al mandante del dinero recaudado o cobrado en su nombre y los giros o envíos de dinero, entre otros.

Como se indicó, el rol de las entidades financieras en este sentido es el de actuar como agentes de retención o percepción (responsables), los cuales finalmente deben declarar y pagar el impuesto ante la Administración Tributaria de forma mensual, a través del formulario PDT 0695 - Impuesto a las Transacciones Financiera.

Es preciso tener en cuenta que, los medios de pago sobre los cuales se aplica este impuesto son los siguientes: depósitos en cuenta, giros, transferencia de fondos, órdenes de pago, tarjetas de débito, tarjetas de crédito, cheques, remesas y cartas de crédito.

Es preciso mencionar, además, que dicho impuesto ha logrado implementarse en muchos países de Latinoamérica, esto a raíz de la necesidad jurídica de regular el sector informal de la economía, buscando con ello que este grupo económico pueda contribuir al sostenimiento del desarrollo económico de cada país en el que se implementa.

Para Gonzales (2008), esta medida “más que regular la informalidad, pretende ser un instrumento que conceda información de todas aquellas operaciones realizadas por los titulares de cuentas bancarias, siendo además esta medida un mecanismo de ayuda para cruzar la información y detectar con ello posibles fraudes y evasión de impuestos, puesto que quienes cumplen con el pago de impuesto acreditan la retención por concepto de ITF” (p 93).

Tal y como se mencionó líneas arriba, este impuesto se ha implementado en diversos países, por ejemplo, en Brasil se implementó con la denominación de “Contribución Provisoria sobre el Movimiento o Transmisión de Valores y Créditos de Naturaleza Financiera, CPMF”, siendo implementado con la finalidad de subvencionar el sistema de salud.

En Colombia este impuesto se implementó con el nombre de Gravamen a los Movimientos Financieros, estableciéndose con la finalidad de combatir las dificultades del sector financiero.

En México se denominó Impuesto a los Depósitos en Efectivo, IDE, el cual es creado para producir fuentes de ingresos para el Estado y siendo además una herramienta importante frente a la lucha contra la informalidad.

Es preciso señalar que los impuestos en nuestro país forman parte del deber de contribuir, constituyéndose éste como el pilar fundamental y necesario, el cual está destinado al cumplimiento de los fines constitucionales.

De las 12 constituciones que el Perú ha tenido, el deber de contribuir solo aparece en cuatro de ellas. Es así como en la Constitución de 1826, en el art.

120° indica que “Son deberes de todo peruano (...) contribuir a los gastos públicos”. Así mismo, en el artículo 61° de la Constitución de 1867 y en el art. 12° de la Constitución de 1920, se señala que “Todo peruano está obligado a servir a la República con su persona y sus bienes (...)”.

Finalmente es con la Constitución de 1979 que el Estado peruano se estructura como un Estado Social y democrático, incorporándose en ella al octavo capítulo, Título I, el desarrollo de los Derechos y Deberes Fundamentales de la persona. En aquel título se señaló un conjunto de deberes constitucionales. Por ejemplo, el art. 72° tomo en cuenta la cláusula del deber de solidaridad, el cual señala que “Toda persona tiene el deber de vivir pacíficamente, respeto a los derechos de los demás y de contribuir a la afirmación de una sociedad justa, fraterna y solidaria”. Así mismo, el art. 77° consignaba que “Todos tienen el deber de pagar los tributos que les corresponden y de soportar equitativamente las cargas establecidas por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos”.

Es a través de los artículos mencionados que se le dio cobertura al deber de contribuir, pudiéndose considerar a este deber como la base del sistema tributario.

Rescato además el sustento que tiene nuestro TC en la sentencia de fecha 19 de diciembre del 2003, recaída en el **Exp. No. 2727- 2002-AA/TC**, al considerar que todo tributo debe ir acorde a la capacidad contributiva de quien debe tributar.

Es preciso entonces, cuestionarse si es que el deber de contribuir tiene mayor peso que el derecho constitucional de la intimidad; es por ello por lo que considero pertinente analizar la prueba de proporcionalidad.

5.3.3.3. Análisis de la Prueba de Proporcionalidad del Tribunal Constitucional.

En la sentencia del TC de fecha 5 de julio del 2008, recaída en el Exp. No. 00579- 2008-PA/TC, se analizaron a fondo los presupuestos que integran la

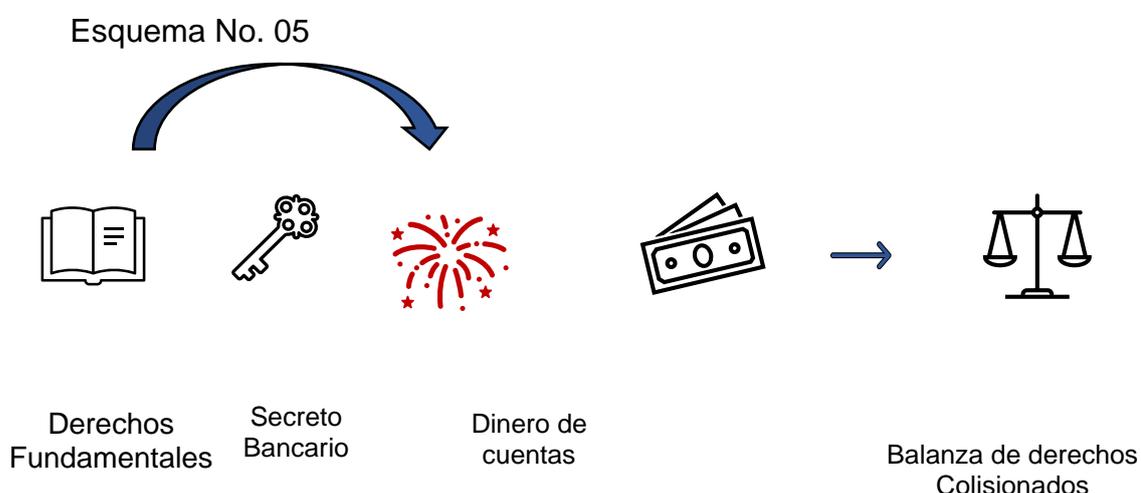
prueba de proporcionalidad. En aquella sentencia se estableció que “la decisión que afecte un derecho fundamental debe ser sometida a la prueba en mención; en primer lugar debería pasar por un análisis de idoneidad o adecuación, en segundo lugar, y habiendo superado el primer análisis, se deberá analizar la necesidad de la medida restrictiva, desde aquella perspectiva se deberá verificar si existen medios alternativos que se hubieran podido adoptar para alcanzar el mismo fin, y finalmente, siempre que la medida haya superado las dos primeras pruebas, debe analizarse la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto de los principios constitucionales en conflicto”.

Ahora bien, conforme a lo mencionado a continuación se procederá a desarrollar los presupuestos:

- 1) Idoneidad: El Tribunal Constitucional definió a este presupuesto como una relación de causalidad, es decir, que en su análisis se tomará en cuenta que sea legítimo y que la medida deba estar relacionada con la idoneidad, es decir, que contribuya a la protección según sea el caso de un derecho o de un bien jurídico.
- 2) Tal y como sucede, por ejemplo, en la sentencia del TC de Perú de fecha 03 de enero del 2003, recaída en el Exp. No 0010-2002-AI/TC, por la que se consideró a la cadena perpetua en ese caso como una medida desproporcionada al ser inadecuada en relación con la finalidad constitucional de la pena, ya que aquella medida debe estar dirigida a la resocialización de la persona.
- 3) Necesidad: Así mismo, el TC define a este presupuesto como el análisis que se debe tener frente a la existencia de otras alternativas menos lesivas que el legislador pudiera elegir: en pocas palabras, buscará realizar una comparación de alternativas frente a un cuestionamiento.
- 4) Es así como sucede, por ejemplo, en la sentencia del TC de Perú de fecha 17 de octubre del 2005, recaída en el Exp. No. 06712-2005-HC/TC, en la que se convino necesario aplicar la prueba de proporcionalidad puesto que se consideró que existía una pugna entre la libertad de información y el derecho a la vida privada.

5) Proporcionalidad: El TC integra a este presupuesto a la razonabilidad, ya que determina la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad, siendo que lo que busca es que la decisión del legislador no sea arbitraria sino justa, respetando claramente la garantía del fin legítimo.

Según Alexy, citado por Burga (2011), “los derechos fundamentales pueden colisionar entre sí o entrar en colisión con bienes colectivos”; señala además que la mencionada colisión “tiene lugar cuando el ejercicio o la realización del derecho fundamental por parte de su titular tienen una repercusión negativa en el derecho fundamental del otro titular”.



Es por lo que, siguiendo con lo mencionado, se puede asegurar que el principio de proporcionalidad exige sobre todo analizar a profundidad lo que ocasiona la colisión de derechos, siguiendo claramente los presupuestos de idoneidad, necesidad y ponderación ya antes explicados.

He de señalar además que la prueba de proporcionalidad debe ser utilizada como mecanismo de garantía para argumentar las decisiones de carácter constitucional de las leyes que las afectan, mas no como una respuesta a un supuesto de contraposición de derechos fundamentales.

Ya que a través del juicio de idoneidad o adecuación se determinará si es que la limitación de un derecho que esta constitucionalmente protegido es admisible cuando favorezca a otro derecho fundamental.

Por otra parte, la necesidad entra también en juicio, siendo valorado por la capacidad que tiene el juzgador para tener en cuenta más opciones de análisis que le ayuden a comparar otros derechos, siendo necesario evaluar si es que la medida en cuestión es la que menos restringe y que además deba ser usada inevitablemente para poder lograr el bien buscado en cuestión.

Finalmente, en la proporcionalidad o ponderación se deberá determinar el grado de insatisfacción o de afectación de los principios, así como también analizar la satisfacción de la medida en cuestión.

Así mismo, Burga (2011), señala que el TC “ha definido al principio de proporcionalidad como un principio general de derecho expresamente positivizado; sirviendo para analizar cualquier acto restrictivo”.

Aunado a lo antes mencionado, debemos hacernos la pregunta de que si esta medida adoptada por el Gobierno es la adecuada para lograr lucha contra la evasión y la elusión tributaria.

Teniendo en cuenta claro que la vulneración de la medida no es que SUNAT tenga acceso a la información financiera de los clientes, sino que la vulneración recae en el conocimiento que tiene SUNAT de la información con una periodicidad establecida y sin que exista investigación de por medio.

Es preciso entonces analizar estas dos partes de la balanza, en un lado encontramos el deber de contribuir de los ciudadanos, y por otro lado el derecho constitucional del secreto bancario.

De lo antes mencionado, podemos decir que el deber de contribuir de los ciudadanos es la obligación con contenido tributario, y que además es una de las potestades del Estado exigirlo coactivamente.

Seguido de ello podemos afirmar también que el secreto bancario es uno de los principales deberes que nacen de la relación comercial, y que sobre todo este es un derecho fundamental de todo ciudadano.

Sabemos también que el test de proporcionalidad el cual nos encontramos analizando, se encuentra compuesto por tres elementos, y para concluir que una medida lo ha superado, es preciso y necesario que las tres pruebas, es decir, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad hayan sido aprobadas.

Idoneidad: Respecto de la idoneidad, el TC considera que el objetivo de la adopción de la medida debe ser legítimo. En ese contexto, se ha indicado anteriormente que la finalidad de esta medida es luchar contra la evasión y elusión tributaria, lo cual es un fin legítimo. En efecto, el hecho de que la Administración Tributaria conozca las operaciones pasivas de las personas podría contribuir a lograr la finalidad de la norma; razón por lo cual puede llegarse a considerar que esta medida es idónea. Por otro lado, este elemento, evalúa también que la medida contribuya a la protección de un bien jurídico, siendo que lo que se pretende proteger en el presente caso es el deber de contribuir de las personas al gasto público.

Sin perjuicio de lo expuesto, esta medida no sería idónea si tuviera por finalidad cualquier otra que no esté directamente vinculada a combatir la evasión y elusión tributaria; por ejemplo, mejorar las relaciones comerciales entre las entidades financieras y sus clientes, o lograr una mayor bancarización en el Perú, etc.

Superado este presupuesto del test, corresponde continuar con el siguiente.

Necesidad: El Tribunal Constitucional considera que en este presupuesto se debe analizar si es que existe otro u otros medios alternativos que contengan una menor lesión para alcanzar la finalidad buscada. En el presente caso se ha verificado que la medida adoptada por el Gobierno, si bien busca luchar contra la evasión y elusión tributaria, lo haría vulnerando el secreto bancario de las

personas, pues las entidades financieras a la fecha se encuentran obligadas a reportar periódicamente a SUNAT determinados movimientos sobre operaciones pasivas que realicen sus clientes. No obstante, surge la pregunta: ¿acaso el ITF no brinda suficiente información a la SUNAT sobre las operaciones que se realizan en el sistema financiero?

La respuesta a la pregunta formulada conduce a sostener que, en efecto, el ITF permite a la SUNAT conocer de manera indirecta las transacciones que las personas efectúan empleando medios de pago bancarizados. Es decir, la SUNAT recibe mensualmente (con la declaración y el pago del tributo) información vinculada a cuánto dinero recibió y transfirió cualquier persona empleando los medios de pago descritos en el Texto Único Ordenado de la Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía, aprobado por el DS N° 150-2017-EF.

En ese sentido, la medida adoptada por el gobierno que es materia de revista en la presente tesis resulta ser más invasiva que el ITF, por cuanto, como se indicó, dicho impuesto es constitucional según lo ha determinado el propio tribunal constitucional, al no incidir directamente sobre operaciones pasivas, sino que permite a la SUNAT conocer la tasa retenida/percibida respecto a las operaciones afectas al impuesto.

Sin embargo, la medida bajo estudio permite a la SUNAT, sin seguir los procedimientos constitucionales y legales para levantar la protección al secreto bancario, conocer de manera directa las operaciones pasivas que realizan las personas.

En este orden de ideas, al haber una opción menos lesiva (el ITF) que permite a la Administración Tributaria conocer de forma indirecta las transacciones financieras que realiza una persona, a fin de emplear dicha información en el proceso de verificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias de la persona; se considera que la medida analizada en esta investigación no supera este componente de la prueba.

Ahora bien, si lo que se buscaba a través de la medida bajo estudio era que la SUNAT tuviera de forma más ordenada la información referida a las operaciones pasivas de las personas, entonces debería mejorarse temas de gestión o políticas públicas al interno de la Administración, o mejorar la regulación del ITF, pero no dictar una medida que entre en conflicto constitucional con la protección al secreto bancario de las personas.

Dado que no se ha superado este presupuesto de la prueba, no corresponde continuar con el componente de proporcionalidad de esta medida.

5.3.4. Respuesta al Problema.

Una vez expuestas las principales conclusiones referidas al marco conceptual, incluyendo el desarrollo de la prueba de proporcionalidad antes mencionado, a continuación, se detallarán las consideraciones por las cuales se considera que esta medida es inconstitucional. Para dicho efecto se copiará textualmente el artículo en cuestión y se expondrá un comentario vinculado a desarrollar el argumento respectivo.

Medida adoptada por el Gobierno	Solución
<p>Ley No. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros</p> <p><i>“Artículo 143-A°. - Información financiera suministrada a la SUNAT Las empresas del sistema financiero, suministran a la SUNAT, la información financiera distinta a la desarrollada en el numeral 1 del artículo 143° de la presente Ley, tal como se establece en el numeral 2 del párrafo siguiente. (...)</i></p> <p><i>2. La información que se puede suministrar versa sobre operaciones pasivas de las empresas del sistema</i></p>	<p>La modificación del art. 143-A de la Ley No. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, efectuada mediante el DL No. 1434, publicado el 16 de setiembre de 2018, obliga a las empresas financieras a revelar información sobre operaciones pasivas de sus clientes. Como se puede apreciar, dicha medida, por sí misma, contraviene la protección al secreto bancario, reconocida en la CPP, por cuanto éste protege la información vinculada a las operaciones pasivas de las personas, en tanto es una información sensible ligada a su derecho a la intimidad.</p>

financiero **“con sus clientes referida a saldos y/o montos acumulados, promedios o montos más altos de un determinado periodo y los rendimientos generados”**, incluyendo la información que identifique a los clientes, de conformidad a lo regulado por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas. **“En ningún caso la información suministrada detalla movimientos de cuenta de las operaciones pasivas de las empresas del sistema financiero con sus clientes ni excede lo dispuesto en el presente párrafo, para lo cual la SUNAT tiene habilitado el procedimiento de levantamiento judicial del secreto bancario establecido en el numeral 1 del artículo 143° de la ley” (...).**

Si bien el artículo en cuestión se refiere a saldos y/o montos acumulados, promedios o montos más altos, excluyendo de su alcance a los “movimientos de cuenta de las operaciones pasivas” (para lo cual, dice, que la Administración Tributaria debe seguir el procedimiento de levantamiento del secreto bancario por vía judicial), el sólo hecho de requerir información referida a operaciones pasivas de las personas (ya sea, saldos, montos acumulados y promedios o montos más altos) es una vulneración al secreto bancario, por cuanto el art. 2°, inciso 5 de la CPP, expresamente establece que sólo puede ser levantado a solicitud del “Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado”.

En ese sentido, al no estar expresamente considerado en la Carta Magna una revisión periódica de parte de las entidades financieras a la SUNAT con datos e información vinculada al secreto bancario, como lo pretende el art. 143-A de la Ley No 26702, se concluye que esta medida es inconstitucional.

A mayor abundamiento, Amprimo (2021) coincide también con esta postura, al señalar que la interpretación de la Constitución debe ser estricta, y que las facultades que se le está otorgando a SUNAT no estarían en armonía con la norma fundamental.

<p>Los artículos 4° y 5° del DS No. 430-2020-EF, modificado por el DS No. 009-2021-EF, disponen la obligación de las empresas financieras a brindar información a la SUNAT sobre las cuentas con sumas iguales o mayores a S/. 30.800.00, para lo cual dichas entidades deben presentar una declaración informativa en el primer semestre y otra por el segundo semestre dentro de los tres meses siguientes de culminado cada semestre.</p>	<p>Esta disposición, al reglamentar el artículo 143-A° de la Ley No. 26702, que como se indicó sería inconstitucional, adolecería de los mismos vicios constitucionales descritos en el punto anterior.</p> <p>En efecto, según la disposición del reglamento bajo comentario, las entidades financieras semestralmente informarían a la SUNAT sobre las cuentas con sumas iguales o mayores a S/. 30.800.00 de sus clientes; lo cual, como se indicó no es una vía establecida en la CPP para revelar o levantar el secreto bancario de las personas.</p>
<p>El art. 4° del DS No. 430-2020-EF, exige a las entidades del sistema financiero presentar el “saldo y/o montos acumulados, promedios o montos más altos y los rendimientos generados en la cuenta durante el período que se informa”.</p> <p>Al respecto, la definición de “montos más altos”, contenida en el artículo 2 del referido reglamento, indica que se trata del “monto del cargo y del abono más alto realizado en una cuenta en el período que se informa. De haber solo cargos o solo abonos en dicho período, el monto del cargo o del abono más alto, según corresponda”.</p>	<p>Al respecto, el art. 4° del citado reglamento, exige que, entre otros, se comunique a la Administración Tributaria la información referida a los montos más altos de una cuenta en un determinado periodo. A su vez, el Reglamento entiende por “montos más altos” a los cargos y abonos más altos realizados en un determinado periodo.</p> <p>Como se aprecia, el Reglamento al referirse a “cargos y abonos” efectuados en una cuenta, indirectamente estaría haciendo alusión a movimientos de cuenta bancarios, excediendo así lo establecido en el art. 143-A° de la Ley del Sistema Financiero conforme se expondrá a continuación.</p> <p>Como se indicó anteriormente, el referido artículo 143-A°, establece de forma</p>

	<p>apropiada, que la información referida a los movimientos de cuenta bancarios sólo sería de conocimiento de la SUNAT si es que esta sigue el procedimiento de levantamiento del secreto bancario a través del juez competente. No obstante, como se aprecia, el Reglamento bajo comentario no ha seguido dicha disposición, pues éste exige también la remisión semestral por parte de las entidades financieras de la información sobre los “montos más altos” de las cuentas, es decir de los abonos y cargos más altos en un determinado periodo, o lo que es lo mismo, información vinculada a los movimientos de cuenta más altos.</p> <p>En ese sentido, el artículo 4° del Reglamento no solo sería inconstitucional, según las consideraciones expuestas en el punto anterior, sino que también sería ilegal, dado que en su calidad de norma reglamentaria excede las atribuciones y disposiciones señaladas en la ley, particularmente en la disposición establecida en el artículo 143-A°, referida a que la información sobre movimientos de cuenta no está bajo los alcances de la remisión semestral de parte de las entidades financieras, sino que siguen su curso por conducto regular (a través del juez).</p>
<p>El 31 de diciembre de 2020, mediante el DS N° 430-2020-EF, se aprobó el “Reglamento que establece la información financiera que las empresas</p>	<p>Como se puede apreciar, si bien el 31 de diciembre se publicó el DS N° 430-2020-EF que aprobaba el reglamento en cuestión, las disposiciones de este no fueron publicadas en</p>

<p>del sistema financiero deben suministrar a la SUNAT para el combate de la evasión y elusión tributarias”, indicándose que éste entraba en vigor el 1 de enero de 2021.</p> <p>No obstante, dicha publicación no incluyó las disposiciones del referido reglamento, sino hasta el 3 de enero de 2021, que se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Anexo al DS N° 430-2020-EF.</p>	<p>dicha fecha, sino que se publicaron posteriormente, mediante un Anexo, el 3 de enero de 2021. Es decir, que los días 1 y 2 de enero estaba “vigente” un reglamento cuyas disposiciones ni siquiera habían sido publicadas en el Diario Oficial El Peruano.</p> <p>Ello evidentemente vulnera toda seguridad jurídica exigible a un Estado de Derecho, como lo es el ordenamiento jurídico peruano. Lo anterior cobra mayor razón en el contexto que la misma norma indicaba que este reglamento sería vigente a partir del 1 de enero de 2021, en el entendido que las normas tributarias referidas a impuestos de determinación anual (como lo es el impuesto a la renta), para que resulten aplicables en el año siguiente deben ser aprobadas hasta el 31 de diciembre del año.</p> <p>En ese sentido, se cuestiona la vigencia de una norma cuyas disposiciones no estaban publicadas en la fecha de su supuesta entrada en vigor. Lo anterior, aunque no sea objeto de estudio de la presente investigación, no puede resultar ajena a la crítica académica.</p>
---	--

Metodología Empleada

6.1. Tipo y Nivel de Investigación

6.1.1. Métodos

- **Inductivo-Deductivo:** Este método se utilizó para obtener conclusiones en el presente trabajo, nos ayudó a poder precisar cuál es el contenido constitucional y legal del derecho al secreto bancario y a la intimidad.
- **Hermenéutico- Jurídico:** Este método nos sirvió para poder darle interpretación a los textos legales, tales como, casaciones, resoluciones y sentencias, así como también jurisprudencia de nivel constitucional y empresarial, ello con la finalidad de poder aclarar el panorama de la medida tomada.
- **Analítico:** Con este método logramos descomponer el objeto de estudio de la presente investigación, esto lo hicimos para poder de lograr cumplir tanto con el objetivo general, como con los objetivos específicos; permitiéndome con esto poder demostrar la hipótesis planteada.
- **Sintético:** Este método nos permitió integrar las partes estudiadas de la presente investigación, así mismo nos ayudó a elaborar las conclusiones y recomendaciones finales.

6.2. Población y Muestra

6.2.1. Población

Dado que en este trabajo se hizo un estudio de tipo cualitativo se ha considerado no establecer población. Por tal razón la muestra ha sido seleccionada sin ninguna aplicación de método estadístico.

6.2.2. Muestra

Pese a lo antes mencionado, he de indicar que la muestra de esta investigación estara constituida por las empresas financieras del Peru que brindan informacion a la SUNAT sobre las cuentas con sumas iguales o mayores a S/. 30.800.00, cabe recalcar que al ser esta una investigación que incluye una norma constitucional que es aplicable para todos los peruanos no se creyó conveniente aplicar ningún método de colección de información, teniendo en

cuenta que el resultado de ello no influirá en el resultado de la presente investigación.

6.3. Diseño de Investigación

6.3.1. Material de Estudio

- Doctrina: Se estudio el aporte de distintos autores referentes del Derecho, tanto nacional como extranjero, todo ello, entorno al derecho constitucional y bancario.
- Legislación Nacional: Así mismo se estudió el contenido de la Constitución Política del Perú de 1993, la Ley del Impuesto a las Transacciones Financieras No. 28194, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley No. 26702, DL No. 1434, DS No. 430-2020-EF, modificado por el DS No. 009-2021-EF.
- Jurisprudencia: Se estudiaron además los expedientes: No. 01797-2002-HD/TC del 2003, en el que se desarrolla el derecho doctrinariamente llamado “*derecho a la autodeterminación informativa*”, el cual tiene como objeto la protección de la intimidad personal o familiar, garantizando la facultad del individuo de poder preservar y controlar el registro, el uso y la revelación de sus propios datos. Además, en cuanto al derecho a la vida privada, explica que “es el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas.” Asimismo, el Exp. No. 00009-2014-PI/TC del 2014, menciona que “los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y cuyo conocimiento por otros trae consigo algún daño”. Del mismo modo, el Exp. No. 0004-2004-PI/TC, del 2004, el tribunal analiza el ITF, indicando que dicho impuesto era constitucional y no violaba el secreto bancario en la medida que los dato se infieren indirectamente a partir de la recaudación de dicho tributo.

6.4. Técnicas e Instrumentos de Investigación

- Técnica de Acopio Documental: Esta técnica se aplicó para la obtención de la información jurisprudencial, legislativa y doctrinaria sobre los temas de esta investigación.
- Técnica de Interpretación Normativa: Se utilizó para la interpretación de la información recabada.

Presentación de Resultados

7.1. Análisis e Interpretación de Resultados

7.1.1. *Recuenta de las conclusiones del Marco Conceptual*

- Es importante señalar que su justificación va de la mano con la necesidad de separar el ámbito público y privado, rechazando toda intromisión ilegítima de la vida íntima e incluso familiar de las personas y siendo además este derecho una garantía inherente del ser humano.

El art. 2, numeral 5° de la Constitución Política del Perú regula los supuestos en los que se puede levantar el secreto bancario, estos son, a pedido del “Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado”.

Así mismo, la Ley No 26702, Ley General del Sistema Financiero regula en qué consiste la protección al secreto bancario, indicando que éste protege la información referida a las operaciones pasivas de las personas.

Asimismo, regula los supuestos y procedimientos para que se efectúe el levantamiento al secreto bancario.

- La información para proporcionar serán todas aquellas operaciones pasivas de los clientes por tipo de cuenta, monto igual o superior del establecido, esta información se comunicará a SUNAT mediante una declaración informativa. Respecto de la periodicidad y el plazo de presentación de esta información será mensual, siendo la misma SUNAT quien establecerá la forma, las condiciones y la fecha para la presentación de la información.

Estos datos serán utilizados por la Administración Tributaria con la finalidad de poder otorgar reportes a las entidades financieras y con ello cruzar información sobre las declaraciones tributarias de sus contribuyentes, detectando de esa forma si hubo o no algún incremento en el patrimonio que no haya sido justificado, se podrá también comunicar a los titulares de las cuentas bancarias esto con la finalidad de regularizar posibles omisiones de declaraciones y en caso se incumpla con el reconocimiento voluntario se podrá iniciar un proceso de auditoría.

- Uno de los procedimientos más cuestionados es el introducido mediante la modificación del art. 143-A° de la referida ley, el cual exige a las empresas del sistema financiero revelar periódicamente información vinculada a las operaciones pasivas de las personas, tales como saldos y/o montos acumulados, promedios o montos más altos de un determinado periodo y los rendimientos generados. Dicha modificación entraría en vigor cuando se publicara el decreto supremo que reglamentara dicha obligación.

Conclusiones

- El análisis del contenido constitucional y legal del derecho a la intimidad nos dice que a lo largo del tiempo este ha evolucionado; pero que pese a ello encuentra su fundamento en la protección de circunstancias, de cosas y de situaciones que la persona desea excluir de terceros.
- La medida dispuesta a través del DS No. 430-2020-EF en donde se aprobó el reglamento de la Ley No. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, el cual fue modificado por el DS No. 009-2021-EF, contiene el deber de las empresas del sistema financiero a remitir información a la SUNAT, todo ello con la finalidad de combatir la elusión y la evasión tributaria; los sujetos que se encuentran obligados son las empresas del sistema financiero, el Banco de la Nación y las Cooperativas de ahorro y crédito no autorizadas a operar con recursos del público.
- Ahora bien, respecto a la prueba de proporcionalidad y a su revisión para saber si es que la medida adoptada por el Gobierno la supera o no, considero que esta no ha sido superada ya que en el camino encontramos que el ITF, es una medida menos lesiva cuya finalidad es también conocer la cantidad de dinero recibido o transferido pudiendo con ello seguir combatiendo la elusión y la evasión tributaria.

Recomendaciones

- Se recomienda a través de la presente investigación seguir los procesos constitucionales para lograr la expulsión del ordenamiento jurídico de las normas que aquí se ha demostrado que vulneran la constitución. Es así como el Decreto Legislativo No. 1313 publicado el 31 de diciembre de 2016, y el Decreto Legislativo No. 1434, publicado el 16 de setiembre de 2018, aún pueden ser objeto de una demanda de inconstitucionalidad, pues aún no ha transcurrido su plazo de prescripción, que según el artículo 100° del Código Procesal Constitucional es de seis (6) años contados desde la publicación de la norma. Así, el plazo para interponer las respectivas demandas de inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos antes mencionados, vence el 31 de diciembre de 2022, para el primer caso, y el 16 de diciembre de 2024, para el segundo caso. Así, el TC aún tiene la potestad de declarar la inconstitucionalidad de los mencionados decretos legislativos.
- Del mismo modo, la inconstitucionalidad del Reglamento (aprobado el 31 de diciembre de 2020) se podrá demandar mediante un proceso de Acción Popular, según el proceso constitucional descrito en los artículos 75° y siguientes del Código Procesal Constitucional.
- De otro lado, para lograr una mejor fiscalización y control, el Gobierno no debería emitir normas que vulneren derechos constitucionales, sino que debería reforzar aquellas medidas que ya existen en el Perú, como el ITF. En efecto, se recomienda que el Gobierno adopte una medida de política pública para que los datos obtenidos a través de este impuesto sean ordenados y procesados unitariamente por cada contribuyente (como se pretendía con la medida cuestionada) para que de dicho modo la SUNAT tenga un mejor control y procesamiento de la información obtenida a través del ITF.

Referencias Bibliográficas

- Burga, A (2011). El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. 1 -15. Recuperado.
[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/\\$FILE/Burga_Coronel.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/$FILE/Burga_Coronel.pdf)
- Celis, M. (2006). La protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos. *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*, 71-108. Recuperado <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>
- Cervini, R. (2016). *El fundamento del secreto bancario*. 1 – 23. Recuperado <https://publicaciones.fder.edu>
- Cifuentes, S. (1995). *Protección inmediata de los datos privados de la persona. Habeas Data Operativo*. L.I. LIX No. 220.
- Constitución Política del Perú. (31 de octubre 1993).
- Decreto Legislativo No. 939 fue publicado el 05 de diciembre de 2003.
- Decreto Legislativo No. 947 fue publicado el 27 de enero de 2004.
- Duran, L. (2005). *Alcances del deber de contribuir en le Perú*. Recuperado de:
https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2201_05_a_lcances_deber.pdf
- Eguiguren, F. (2016). *La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano*, 1-25. Recuperado <https://revistas.pucp.edu.pe/>
- Estrada, Jorge (2010). *El derecho a la intimidad y su necesaria inclusión como garantía individual*, 1-14. Recuperado <http://www.ordenjuridico.gob.mx/#gsc.tab=0>
- GARCIA NOVOA, Cesar; “El concepto de tributo”, Ed. 2. Lima-Perú; Tax Editor, 2011.
- GARCIA TOMA, Víctor; “Análisis sistemático de la constitución de 1993” Lima-Perú; ed. Fondo de desarrollo editorial; S/e; TOMO I; 1997.

- González, M. C.; López, M. L. (2013). Análisis del impuesto a las transacciones financieras en América Latina. Universidad Privada Dr. Rafael Beloso Chacín Maracaibo, Venezuela.
- León, J. (2018). *Inclusión financiera de las pequeñas y medianas empresas en Colombia. In La inclusión productiva y para la inserción financiera el papel de la banca de desarrollo.* Recuperado de: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/44233>
- Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.
- Molle, G. (1966). *I contratti bancari.* En Giuffrè. (Ed.), (Pág. 65). Milan, Italia.
- Núñez, M. (2019). *El derecho al secreto bancario en materia fiscal en el Perú frente al estándar común de reporte (ECR) de la organización para la cooperación y el desarrollo económico (OCDE).* Recuperado de <http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/8913>
- ONTIER. Suministro de información a la SUNAT y secreto bancario. 2021. Disponible en <https://pe.ontier.net/ia/ontier-perualerta-informativa-tributariasecreto-bancario050121.pdf>.
- RUBIO CORREA, Marcial. "Estudio de la Constitución Política de 1993", Tomo 1. Lima-Perú; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
- RUBIO CORREA, Marcial; "El sistema jurídico. Introducción al Derecho" Ed. 10. Lima-Perú; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.
- Tribunal Constitucional, Exp. No. 00009-2014-PI/TC, 2014.
- Tribunal Constitucional, Exp. No. 0004-2004-PI/TC, 2004.
- Tribunal Constitucional, Exp. No. 0010-2002-AI/TC, 2003
- Tribunal Constitucional, Exp. No. 0014-2002-AT/TC, 2002
- Tribunal Constitucional, Exp. No. 00579-2008-PA/TC, 2008
- Tribunal Constitucional, Exp. No. 01219-2003-HD/TC, 2004
- Tribunal Constitucional, EXP. No. 01797-2002-HD/TC, 2003.
- Tribunal Constitucional, Exp. No. 02868-2004-AA/TC, 2004
- Tribunal Constitucional, Exp. No. 02976-2012-PA/TC, 2013
- Tribunal Constitucional, Exp. No. 06712-2005-HC/TC. 2005
- Tribunal Constitucional, Exp. No. 2727-2002- AA/TC, 2003