



Dino Traverso Cuesta^(*)

El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional^()**

Access to bank information for tax purposes and their weighting to the right to bank secrecy: constitutional analysis

Resumen: En el presente trabajo, el autor analiza el derecho al secreto bancario desde una perspectiva constitucional-tributaria. Se pregunta sobre la constitucionalidad del levantamiento de esta institución como herramienta de fiscalización por parte de la Administración Tributaria. Para ello primero resalta la relación entre el secreto bancario y el derecho a la intimidad, así como la importancia del deber de contribuir y el principio de solidaridad. Por último, realiza un test de proporcionalidad con motivo de comprobar la constitucionalidad de la medida.

Palabras clave: Administración Tributaria - Ente recaudador - Derecho a la intimidad - Secreto bancario - Deber de contribuir - Principio de solidaridad - Test de proporcionalidad

Abstract: In this paper, the author analyzes the bank secrecy right from a constitutional-tax perspective. He wonders about the constitutionality of the lifting of this institution as a tool of control by the Tax Administration. First, he highlights the relationship between secrecy and the right to privacy, and the contributing duty and the principle of solidarity. Finally, proportionality test takes place to check the constitutionality of the measure.

Keywords: Tax Administration - Collecting agency - Right to privacy - Bank secrecy - Contributing duty - Principle of solidarity - Proportionality test

(*) Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Trabaja en la Intendencia de Principales Contribuyentes Nacionales de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT).

(**) Artículo ganador del Concurso de Derecho Tributario coorganizado por EY y la Asociación Civil IUS ET VERITAS en octubre de 2013.

El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional
Access to bank information for tax purposes and their weighting to the right to bank secrecy: constitutional analysis

1. Introducción

El sostenimiento de todo Estado exige la captación de recursos económicos, indispensables para cubrir las erogaciones que implican su existencia, provenientes fundamentalmente de los tributos que pagan sus ciudadanos.

A fin de garantizar la recaudación, y, por ende, el cumplimiento de los fines constitucionales encomendados, los Estados a través de sus Administraciones Tributarias han ido diseñando estructuras de colaboración con terceros, que suponen actos de control que coadyuvan a la lucha contra la evasión y el fraude fiscal.

Sin embargo dicho actuar se ve limitado por el derecho al secreto bancario del que gozan todas aquellas personas que poseen una cuenta en alguna institución bancaria y/o financiera encontrándose dichas transacciones fuera del alcance del órgano recaudador de impuestos.

Así, resulta que, al amparo de dicho derecho, subyace un importante universo de operaciones que los contribuyentes realizan a través de los bancos, susceptibles de ser gravadas con impuestos y que se marginan del examen de la Administración Tributaria.

En ese sentido, consideramos que el acceso al secreto bancario por parte de la Administración Tributaria fortalecería los mecanismos de fiscalización configurándose en una herramienta que permitiría al ente recaudador detectar de manera oportuna casos de evasión fiscal, que podrían estar encubriendo delitos más graves como el enriquecimiento ilícito, el lavado de activos y/o el financiamiento de actividades ilegales o terroristas.

De otro lado, la supresión del secreto bancario para fines fiscales es una tendencia mundial, inclusive en muchos de los países de Latinoamérica, quienes en diferente grado

han permitido el acceso a la información reservada para fines tributarios, sobre la base de principios de orden público y justicia social. No obstante, nuestro país aún se mantiene a la saga en la adopción de dichas medidas, bajo la justificación de la prevalencia de un manto constitucional que prohíbe toda intervención en este ámbito de la vida privada de las personas.

Por tal motivo a través del presente trabajo se analizará el secreto bancario, delineando su contenido frente a las facultades de inspección de la Administración Tributaria, realizando una ponderación entre los derechos confrontados, sin dejar de mencionar el tratamiento brindado en el ámbito internacional, deslizando una propuesta normativa como un aporte que consideramos, debería ser tomado en cuenta para un debate futuro.

2. El Secreto Bancario

El secreto bancario es un concepto que si bien es mencionado en diversos ordenamientos jurídicos, por lo general no se encuentra definido en ninguno de ellos, habiendo recaído dicha tarea en la doctrina y en la jurisprudencia⁽¹⁾.

Efectuando una síntesis de lo considerado por diversos autores, podemos llegar a la conclusión que el secreto bancario constituye un régimen circunscrito a las relaciones entre la institución bancaria y sus clientes, que se caracteriza por la obligación de confidencialidad de aquella sobre las informaciones que sus clientes le proporcionan.

(1) En nuestro país, el secreto bancario se encuentra amparado en el inciso 5 del artículo 2 de nuestra Constitución, el cual señala lo siguiente:

«Artículo 2: Toda persona tiene derecho:

(...) 5.- A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

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».



Dino Traverso Cuesta

Si bien los orígenes del secreto bancario se remontan a los de la misma banca, fueron la costumbre y el contrato quienes delinearon originalmente su naturaleza, amparándose luego bajo la protección del secreto profesional, pues, al tener conocimiento de la información personal de sus clientes, el banquero asumió el deber de proteger dichos datos.

Sin embargo, la información protegida por el secreto bancario no sólo está referida a aquella de carácter económico financiero, sino que cobija otros ámbitos de la vida privada, al guardar por ejemplo los hábitos de consumo de los clientes del banco; por ello, actualmente la corriente más extendida encuentra su fundamento en el derecho a la intimidad.

3. El Secreto Bancario y su relación con el derecho a la intimidad

La intimidad es el ámbito más profundo, inherente y reservado de la personalidad del ser humano. Al respecto Ferreira Rubio⁽²⁾ señala que:

“Son diversas las posturas para explicar el significado de la vida privada. Algunas la conciben como aquella zona de la persona que no es pública, por lo que nadie debe tener acceso a ella. Sin embargo, más correcto es tratar de otorgar un sentido positivo. Así (...) se ha estimado apropiado afirmar que es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que está constituida 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”.

El derecho fundamental a la intimidad, como manifestación del derecho a la vida privada, tiene su concreción de carácter económico en el secreto bancario. Así lo ha considerado nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente No. 1219-2003-HD/TC, al sostener que:

“(…) la protección constitucional que se dispensa con el secreto bancario, busca asegurar la reserva o

confidencialidad (...) de una esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado. En concreto, la necesaria confidencialidad de las operaciones bancarias de cualquiera de los sujetos descritos que pudieran realizar con cualquier ente público o privado, perteneciente al sistema bancario o financiero.

En ese sentido, el secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, y su titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras”.

El derecho fundamental a la intimidad sustrae del conocimiento de terceros asuntos que por sus connotaciones interesan exclusivamente a la vida privada del individuo, estando compuesto por información de las características definitorias de una persona, de su vida personal y familiar y de otros aspectos de su vida privada.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente No. 6712-2005-HC, ha establecido que, “la protección de la intimidad implica excluir el acceso a terceros de información relacionada con la vida privada de una persona, lo que incluye las comunicaciones, documentos o datos de tipo personal”.

De lo expuesto se advierte que el secreto bancario no llega a conformar un derecho autónomo, puesto que se encuentra incluido dentro del derecho a la intimidad; no obstante, existen ciertas circunstancias en el que el deber de guardar confidencialidad sobre la información personal cede ante las necesidades de interés público o de la protección de otros derechos.

(2) FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *El derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1071 bis del Código Civil: A la luz de la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia*. Buenos Aires: Universidad, 1982; p. 52.

El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional
Access to bank information for tax purposes and their weighting to the right to bank secrecy: constitutional analysis

En el caso del secreto bancario, existen actuaciones de la justicia y de Estado que se sostienen en motivos superiores que vienen a limitar y restringir dicho derecho.

Justamente, uno de los límites de este derecho se encuentra en el principio de solidaridad que es consustancial a todo Estado Social y Democrático de Derecho, el cual se desarrolla a continuación.

4. El deber de contribuir y el principio de solidaridad

No cabe duda alguna acerca del deber de cada ciudadano de cargar con una parte de los gastos públicos, no obstante, es recién en el siglo XX, con las ideas del Estado Liberal de Derecho, que se plantea la importancia de que el tributo no sólo se justifique en la necesidad de proveer recursos al Estado, sino que atienda a cada caso concreto en correspondencia con su capacidad económica.

Como señala Rampoldi, citando a Griziotti:

“(T)odo sistema equitativo debe estar estructurado de tal manera que la carga que él implica esté en relación con la riqueza del contribuyente... (de modo que) el contribuyente, cuando su riqueza aumenta y puede satisfacer cualquier necesidad sin disminuir su patrimonio, se halla en condiciones de ayudar al Estado a proveer a las necesidades y gastos públicos”⁽³⁾.

Este principio, que en doctrina se le conoce como *capacidad contributiva*, ha sido motivo de análisis por el Tribunal Constitucional español; así en la Sentencia No. 45/1989 se ha señalado que:

“(H)ay un derecho fundamental de cada uno de los miembros a contribuir de acuerdo con su propia capacidad económica. Por tanto existe el deber de pagar el impuesto de acuerdo con la capacidad económica, en el modo, condiciones y cuantía establecidas por la ley, pero existe, correlativamente, un derecho a que esa contribución de solidaridad sea configurada en cada caso por el legislador según aquella capacidad”.

Ahora bien, según se desprende de los artículos 3 y 43 de nuestra Constitución Política, el Estado peruano presenta las características básicas de todo Estado Social y Democrático de Derecho, por lo que se ubica como una opción intermedia entre los fines que por su propia naturaleza buscan el Estado Liberal y el Estado Social.

En este punto, conviene traer a colación lo expresado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente No. 06089-2006-PA/TC:

“En este tipo de Estado el ciudadano ya no tiene exclusivamente el deber de pagar tributos, concebido según el concepto de libertades negativas propio del Estado Liberal, sino que asume deberes de colaboración con la Administración, los cuales se convertirán en verdaderas obligaciones jurídicas. En otras palabras, la transformación de los fines del Estado determinará que se pase de un deber de contribuir, basado fundamentalmente en la capacidad contributiva, a un deber de contribuir basado en el principio de solidaridad”.

Esa es la perspectiva que asumió el Tribunal Constitucional español, el cual en su Sentencia No. 50/1995 indicó que, al ser el Deber de Contribuir exponente de un interés colectivo social que le lleva a configurarse como principio básico de solidaridad de todos a la hora de levantar las cargas públicas, el concepto ya no sólo es predicable exclusivamente de aquellos contribuyentes que realizan el hecho imponible del tributo sino de todos aquellos obligados a los que se le imponen los deberes de colaboración para hacer efectivo dicho interés fiscal.

(3) RAMPOLDI, Luis Humberto. *Consideraciones acerca de la capacidad contributiva*. En: LASCANO, Marcelo. *Impuestos. Doctrinas Fundamentales*. Buenos Aires: La Ley, 2002; p. 79.



Dino Traverso Cuesta

De esta manera, la cobertura del Deber de Contribuir alcanza por un lado al pago de tributos y, por otro, al cumplimiento de las obligaciones establecidas por ley; permitiendo de esta manera abarcar toda clase de exigencias formales más allá de la prestación material derivada de la realización del hecho imponible.

Es el caso del acceso a la información financiera por parte de la Administración Tributaria, el conocimiento del origen y destino de los fondos no se fundamenta estrictamente en razones de necesidad de flujo permanente en la recaudación, sino también en la lucha contra la informalidad y la evasión fiscal. De esta manera, se busca asegurar el cumplimiento del principio de solidaridad, fundamental en todo Estado Social y Democrático de Derecho.

5. Derechos en conflicto

Existe un consenso en la sociedad para reconocer un grupo de derechos que todo ser humano posee y cuyo ejercicio se encuentra en contraposición a los poderes del Estado.

En efecto, el Deber de Contribuir además de alcanzar al tributo y por extensión las obligaciones formales que pueden surgir de la obligación tributaria, puede justificar la inclusión de terceros con el fin que proporcionen información o colaboren en la actividad recaudatoria.

De esta manera se enfrentan dos intereses muy legítimos, el de los particulares, quienes ejerciendo el derecho a la intimidad, pretenden mantener en reserva las operaciones que realicen con una entidad bancaria y/o financiera; y el del Estado, quien con el fin de lograr su objetivo recaudatorio, instrumentalizando la información proporcionada por terceros, busca a través del órgano recaudador verificar los hechos impositivos, fiscalizando aquellas operaciones en donde existan indicios de evasión fiscal.

En palabras del Tribunal Constitucional: "(...) nos encontramos ante un conflicto entre el derecho al secreto bancario y los

finés institucionales de la Administración Tributaria, orientados a hacer efectivo el principio de solidaridad contributiva, sobre el que se asienta toda la teoría tributaria del Estado Constitucional"⁽⁴⁾.

Advertimos un conflicto de intereses que es necesario resolver. En efecto, si bien, en un primer momento el derecho al secreto bancario (cuyo sustento se encuentra en el derecho a la intimidad) puede aparecer como ilimitado, al oponerse al deber de contribuir y al principio de solidaridad, se proyectan, sobre aquel, diferentes restricciones.

Al respecto, Robert Alexy⁽⁵⁾ menciona que los principios son mandatos de optimización y como tal ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. Por esta razón, los principios, tomado cada uno en forma individual sólo contienen un mandato *prima facie*. La forma de determinar el alcance debido del cumplimiento de un principio en relación a las exigencias de otros principios es la ponderación. La ponderación es, entonces, la forma de aplicación específica del principio.

A fin de analizar la ponderación entre principios, la doctrina y jurisprudencia constitucional peruana ha recurrido en los últimos años al Test de Proporcionalidad, el cual tiene ascendencia de larga data en el ámbito internacional.

6. El Test de Proporcionalidad

A efectos de determinar si en un caso concreto se está frente a la quiebra de un derecho, la

(4) Fundamento 32 de la sentencia recaída en el Expediente No. 000004-2004-AI/TC y acumulados, en los que se demandó la inconstitucionalidad de la Ley del de Bancarización y del Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF).

(5) ALEXY, Robert. *Derechos Fundamentales y proporcionalidad*. En: CAPALDO, Griselda y otros. *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*. Buenos Aires: Eudoba, 2012; p. 184.

El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional
Access to bank information for tax purposes and their weighting to the right to bank secrecy: constitutional analysis

jurisprudencia y la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos de ponderación para analizar la validez en la preferencia de una norma constitucional sobre otra requiriendo que se cumplan determinadas etapas.

Así, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, la doctrina alemana ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico: el de proporcionalidad.

Para la Corte Constitucional de Colombia, el concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado⁽⁶⁾.

Carlos Bernal Pullido define la ponderación como normas que tienen estructura de mandatos de optimización. Según el mencionado autor: "Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes"⁽⁷⁾.

A decir de Durán Rojo:

"(...) los bienes constitucionales deben estar sometidos a la técnica de la ponderación constitucional, que es el acto que parte de reconocer, por lo menos hasta hoy, que cada bien constitucional (especialmente los derechos fundamentales) tiene un contenido esencial que debe ser respetado. (...) Por eso ponderar de ninguna manera significa establecer jerarquía de derechos a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada los bienes constitucionales en tensión, sopesando su eficacia. En esa medida, lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todos los supuestos posibles, sino que se logra sólo una preferencia relativa al

caso concreto que no excluye una solución diferente en otro supuesto"⁽⁸⁾.

Este mecanismo que nos permite resolver los conflictos que se puedan presentar entre principios constitucionales es denominado: Test de Proporcionalidad.

Según Rubio Correa⁽⁹⁾: "Nuestro Tribunal Constitucional no ha creado el test de proporcionalidad de la nada. Por el contrario, ha tomado los elementos esenciales de la literatura especializada, así como de las experiencias jurisprudenciales constitucionales de Alemania, España y Colombia".

En ese orden de ideas, se debe precisar que el test de proporcionalidad comprende tres conceptos: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido (subprincipio de idoneidad), la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (subprincipio de necesidad), y la proporcionalidad entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto).

Para el caso que nos ocupa, como se ha señalado anteriormente, el acceso a información financiera guardada en principio por el secreto bancario, enfrenta el derecho de los ciudadanos en tanto se refiere a un aspecto de la privacidad del individuo, contra el derecho del Estado quien, para la consecución de sus fines, busca que todos contribuyan con el mantenimiento del estado de acuerdo

(6) Sentencia No. C-022/96, segundo párrafo.

(7) BERNAL PULLIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

(8) DURÁN ROJO, Luis Alberto. *La noción del deber constitucional de contribuir*. En: *Análisis Tributario*. No. 162; p. 10.

(9) RUBIO CORREA, Marcial Antonio. *El Test de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad católica del Perú, 2011; p. 26.



Dino Traverso Cuesta

a sus posibilidades mediante la lucha contra la evasión y la informalidad.

Por ello, a continuación se analizará el conflicto subyacente entre el secreto bancario y el acceso a la información bancaria por parte de la Administración Tributaria, remitiéndonos para tal efecto al Test de Razonabilidad y a la aplicación de los subprincipios antes citados.

6.1. Subprincipio de idoneidad

Mediante el examen de idoneidad, se pretende mostrar lo siguiente:

- a) Que la medida adoptada desarrolle un fin,
- b) Que el fin desarrollado sea constitucionalmente posible; y,
- c) Que la medida sea adecuada para concretizar el fin que se pretende alcanzar.

Bernal Pulido⁽¹⁰⁾, define este criterio de la siguiente manera:

“Subprincipio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada”.

En el caso planteado, debe analizarse, a la luz del subprincipio de idoneidad o de adecuación, si con el establecimiento del acceso a la información bancaria de los contribuyentes se persigue un fin constitucionalmente legítimo y si, para ello, dicha medida es idónea.

Con respecto al primer requisito, esto es, el objetivo constitucionalmente legítimo, debe tenerse en cuenta que nuestra Constitución Política declara en su artículo 23 que “(...) el Estado promueve condiciones para el progreso social y económico (...)”; asimismo, el artículo 44 dispone que “(...) son deberes primordiales del Estado (...) promover el desarrollo

general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

Una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales mencionadas, nos lleva a concluir que una de las finalidades esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho es promover el desarrollo integral del país, y que su legitimidad radica en alcanzar el progreso social y económico de la Nación; ello quiere decir que todos los sectores de la población deben gozar de las mismas oportunidades y condiciones para alcanzar su pleno desarrollo social, económico y cultural. Especialmente, como señala el artículo 59 de la Constitución “(...) *los sectores que sufren cualquier desigualdad*”.

Por otro lado, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal alemán, “una medida es adecuada para alcanzar la finalidad prevista cuando con su auxilio se aproxima al resultado pretendido. Será inadecuada cuando entorpece el alcance del objetivo proyectado o cuando no despliega absolutamente ninguna eficacia respecto a la finalidad”⁽¹¹⁾.

En el caso que analizamos, debe esclarecerse si el acceso a la información bancaria por parte del ente recaudador es un medio idóneo para alcanzar el desarrollo integral del país.

Al respecto, es pertinente transcribir lo señalado por la Sentencia No. 110/1984, en la que el Tribunal Constitucional español señaló que:

“(...) parece inútil recordar que en el mundo actual la amplitud y la complejidad de las funciones que asume el Estado hace que

(10) BERNAL PULLIDO, Carlos. *El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. En: *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México D.F.: UNAM, 2002; pp. 71-74.

(11) LONDOÑO AYALA, Cesar Augusto. *Principio de proporcionalidad en el Derecho procesal penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2009; p. 310.

El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional
Access to bank information for tax purposes and their weighting to the right to bank secrecy: constitutional analysis

los gastos públicos sean tan cuantiosos que el deber de la aportación equitativa para sus sostenimiento resulta especialmente apremiante. De otra forma se produciría una distribución injusta en la carga fiscal, ya que lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar. De ahí la necesidad de una actividad inspectora especialmente vigilante y eficaz aunque pueda resultar a veces incómoda y molesta. De ahí también la imposición del deber jurídico de colaborar con la Administración en ese aspecto fundamental del bien público, deber que recae no sólo sobre los contribuyentes directamente afectados sino que también puede extenderse... a quienes puedan presentar la ayuda relevante en esta tarea de alcanzar la equidad fiscal, como son los bancos y demás entidades de crédito”.

En ese sentido, esta medida es una manifestación del principio de solidaridad que se encuentra consagrado implícitamente en la cláusula que reconoce al Estado peruano como un Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución). Se trata, pues, de reglas de orden público tributario, orientadas a finalidades plenamente legítimas, cuales son contribuir, de un lado, a la detección de aquellas personas que, dada su carencia de compromiso social, rehúyen la potestad tributaria del Estado, y, de otro, a la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44 de la Constitución), mediante la contribución equitativa al gasto social.

En consecuencia, el acceso a la información bancaria de los contribuyentes constituye un medio idóneo para el logro de los fines de desarrollo equitativo e integral que subyacen a los postulados propios de un Estado Social y Democrático de Derecho. Por tanto, el primer principio constitutivo del test de proporcionalidad se cumple en los términos que el propio subprincipio exige.

6.2. Subprincipio de necesidad

Una vez que una medida ha superado el examen de idoneidad, debe ser sometida al segundo control de optimización: la necesidad del medio.

Para Bernal Pulido⁽¹²⁾:

“Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental”.

Tal como lo ha definido el Tribunal Constitucional Federal alemán, “es necesaria, cuando el legislador no hubiera podido elegir otro medio, igualmente efectivo, que implicara una restricción o limitación menor del derecho fundamental”⁽¹³⁾.

En la misma línea, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado:

“(S)ignifica que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental”⁽¹⁴⁾.

Según se aprecia, bajo este test se analiza si existen otros medios alternativos al adoptado

(12) BERNAL PULLIDO, Carlos. *Loc. cit.*

(13) ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993; p. 32.

(14) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 009-2007-AI, Fundamento Jurídico 22.



Dino Traverso Cuesta

que no sean gravosos con el derecho afectado, o al menos que lo sean en menor intensidad. Se trata de un análisis medio-medio, es decir, de una comparación entre el medio optado por el legislador y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin.

En este escenario, surge la pregunta: ¿existe un medio igualmente idóneo, pero que genere una menor afectación? Como bien lo explica Prieto Sanchís:

“(E)sto es, ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva. Ello significa que si la satisfacción de un bien constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, resulta exigible escoger aquella que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio⁽¹⁵⁾.”

En ese sentido, considerando que el medio propuesto es el acceso a la información financiera por parte de la Administración Tributaria, debemos analizar si existen otras alternativas que cumplan el mismo fin con un menor perjuicio al derecho opuesto (la intimidad de los contribuyentes).

En principio, debemos descartar cualquier manifestación por la que los contribuyentes podrían entregar voluntariamente a la Administración Tributaria el movimiento de sus cuentas bancarias, pues en términos generales, toda persona considera dicha información estrictamente confidencial.

Mención aparte merece el Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF)⁽¹⁶⁾, creado por Ley No. 28194, mediante el cual se dispuso que todas las personas y empresas que realicen operaciones económicas las canalicen a través de empresas del sistema financiero utilizando los medios de pago del sistema, para luchar contra la evasión tributaria y procurar la formalización de la economía; pues si bien las disposiciones contenidas en dicha norma legal le confieren

al ente recaudador una mayor ventaja para acceder a las cuentas bancaria de cada contribuyente, la información a la que tiene acceso la Administración Tributaria se limita a los saldos mensuales, mas no así a las operaciones que las componen, lo que descarta este medio como un instrumento eficiente respecto al objetivo planteado.

En efecto, si bien el monto total de las operaciones gravadas con el ITF incluye a las operaciones activas y pasivas, cuando la institución financiera informa sobre el monto total de dichas operaciones, no es posible discriminar lo que corresponde a cada tipo de operación, o determinar el monto de la misma. Ello supone que dicha información sólo sirva para efectos de determinar los posibles desbalances patrimoniales en la cuenta de algún contribuyente (cuando los abonos son mayores a los cargos, o viceversa), mas no para hacer un seguimiento de una determinada operación, o efectuar algún cuestionamiento en torno a la misma, lo que impediría verificar el origen lícito de los fondos, o si éstos están siendo destinados a un fin legítimo.

En ese orden de ideas, se debe señalar que en la actualidad no existen medios alternativos que cumplan el propósito que se pretende a través del acceso a la información bancaria de los contribuyentes postulado en el presente trabajo.

En consecuencia, la medida propuesta resulta necesaria en el sentido que no existe otra alternativa más moderada para la consecución del fin buscado con igual eficacia.

(15) PRIETO SANCHÍS, Luis. *El juicio de la ponderación*. En: CARBONELL, Miguel (editor). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008; p.111.

(16) La Ley No. 28194, rotulada como «Ley para la lucha contra la evasión y para la formalización de la economía», estableció la aplicación del ITF a aquellas operaciones en moneda nacional o extranjera por cualquier ingreso o salida de dinero en las cuentas abiertas en empresas del sistema financiero, y las operaciones que transmitan pagos de dinero cualquiera que sea el medio que se utilice, excepto las operaciones exoneradas señaladas en el apéndice de la citada ley.

El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional
Access to bank information for tax purposes and their weighting to the right to bank secrecy: constitutional analysis

6.3. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

Para este momento del análisis contamos con una medida que desarrolla un fin constitucional (examen de idoneidad) y que resulta ser la más óptima entre otros medios posibles (examen de necesidad). Ahora bien, superado los juicios anteriores debe valorarse las ventajas y desventajas que se generan por la limitación de un derecho para la protección de otro derecho constitucionalmente protegido.

Para Bernal Pulido⁽¹⁷⁾, según este criterio, “(...) para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental”.

El eje de la estructura argumentativa de la proporcionalidad en sentido estricto es la llamada ley de ponderación, la cual reza que “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”⁽¹⁸⁾.

Nuestro Tribunal Constitucional ha incorporado este criterio para la solución de antinomias entre principios constitucionales. Conforme puede verse en la sentencia recaída en el Expediente No. 00032-2010-PI (párrafo 20):

“(...) de acuerdo con este subprincipio, una medida restrictiva de los derechos fundamentales, sólo resultará ponderada, si el grado de incidencia que genera sobre el contenido de los derechos restringidos, es menor que el grado de satisfacción que genera en relación con los derechos y/o bienes constitucionales que busca proteger u optimizar”.

En ese sentido, en cuanto al subprincipio de proporcionalidad strictu sensu, nuestro análisis se debe dirigir a determinar si la

ventaja derivada del acceso a la información financiera por parte de la Administración Tributaria es mayor al daño ocasionado por la restricción del derecho a la intimidad de los contribuyentes en cuanto a su afectación al secreto bancario.

Siguiendo a Alexy⁽¹⁹⁾, son identificables tres pasos a seguir para realizar dicho juicio:

Paso 1: Determinar el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios;

Paso 2: Determinar el grado de importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; y,

Paso 3: Definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción del otro.

De esta manera, siguiendo el enfoque *alexiano*, se puede señalar que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización de la medida adoptada debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental.

La intensidad de la afectación/satisfacción es medida de acuerdo a grados, para ello Alexy ha formulado una escala en base a tres rangos: leve, medio y grave⁽²⁰⁾. Londoño Ayala los explica, como se reproduce a continuación⁽²¹⁾:

- Leve: cuando el derecho comprometido en la decisión jurídica es afectado de manera tal que no se limita al ejercicio normal propio de su conceptualización.

(17) BERNAL PULLIDO, Carlos. *Loc. cit.*

(18) ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra, 2010; p. 460.

(19) ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Lima: Palestra, 2010; pp. 460 y 461.

(20) *Ídem.*; p. 469.

(21) LONDOÑO AYALA, César Augusto. *Principio de proporcionalidad en el Derecho procesal penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2009; p. 403.



Dino Traverso Cuesta

- Intermedia: cuando el derecho comprometido en la decisión jurídica se ve reducido considerablemente, de manera que su ejercicio se ve realmente limitado no pudiéndose realizar de la forma en que lo venía haciendo.
- Grave: cuando el derecho comprometido en la decisión jurídica es entorpecido sustancialmente en su ejercicio o se le hace inoperante.

El Tribunal Constitucional también se ha adherido a este tipo de clasificación, tal como se aprecia de las Sentencias recaídas en los Expedientes No. 0045-2004-PI/TC y 00007-2006-AI/TC, agregando en esta última que la valoración de las intensidades puede ser catalogada como: grave media o leve, escala que es equivalente a la de: elevado, medio o débil. Por esta razón, la escala puede también ser aplicada para valorar los grados de realización del fin constitucional de la restricción.

A continuación corresponde desarrollar cada una de las intensidades y los grados de realización a efectos de definir si se cumple con esta ley de ponderación:

6.3.1. Paso No. 1: Determinar el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios

Se trata de analizar el grado de afectación de la medida planteada en el derecho a la intimidad.

Como se ha señalado anteriormente, el derecho a la intimidad es un derecho fundamental por lo que su protección configura un elemento infranqueable de la existencia de una persona; no obstante, se debe diferenciar aquella información cuyo conocimiento supone una vulneración de la intimidad (identidad del usuario, sus hábitos de consumo y sus relaciones personales) de aquellos datos financieros y comerciales que no se encuentran relacionados directamente con aquella.

En ese sentido, el contenido esencial del derecho a la intimidad se reduce a aquel ámbito vinculado con la información que sólo el individuo debería conocer, estando fuera de este campo aquella información que se encuentra guardada en las instituciones bancarias y cuyo conocimiento resulta relevante para los fines que el Estado persigue.

A decir de Clavijo Hernández⁽²²⁾: “El secreto bancario como institución jurídico privada sólo tiene sentido en esta parcela del Derecho, mientras que este interés privado no tiene cabida en el Derecho Tributario, donde los intereses protegidos son eminentemente públicos”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, señaló en la sentencia recaída en el Expediente No. 0004-2004-AI/TC que no puede soslayarse que, respecto al citado derecho fundamental (el secreto bancario), “también cabe la distinción entre aquella esfera protegida que no soporta limitación de ningún orden (contenido esencial del derecho) y aquella otra que permite restricciones o limitaciones, en tanto éstas sean respetuosas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad (contenido ‘no esencial’)”.

En efecto, existen cuando menos, tres motivos que permiten sostener que el secreto bancario en tanto se refiere al ámbito de privacidad económica del individuo no integra el núcleo esencial del derecho a la intimidad: a) la referencia al contenido esencial del derecho a la intimidad personal, reconocido por el artículo 2 numeral 7 de la Constitución, hace alusión a aquel ámbito protegido del derecho cuya develación pública implica un grado de excesiva e irreparable aflicción psicológica en el individuo, lo que difícilmente puede predicarse en torno al componente económico del derecho; b) incluir la privacidad económica en el contenido esencial del derecho a la intimidad, implicaría la imposición de obstáculos irrazonables en la persecución de los delitos económicos; y, c) el propio constituyente, al regular el derecho al secreto bancario en un apartado específico de la Constitución (segundo párrafo del numeral 5

(22) CLAVIJO HERNANDEZ, F. *Algunas observaciones sobre el secreto bancario en el ordenamiento financiero español*. En: *Revista Española de Derecho Financiero*. No. 15.

El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional
Access to bank information for tax purposes and their weighting to the right to bank secrecy: constitutional analysis

del artículo 2), ha reconocido expresamente la posibilidad de limitar dicho derecho⁽²³⁾.

En esa línea, las afectaciones del secreto bancario que están proscritas constitucionalmente serán aquellas que conlleven, en sí mismas, el propósito de vulnerar la esfera íntima del individuo, de lo que se infiere que el secreto bancario no constituye el núcleo esencial del derecho a la intimidad.

El mismo criterio se desprende de la sentencia recaída en el Expediente No. 02838-2009-PHD/TC, en la que el Tribunal Fiscal concluye que, dado que el secreto bancario no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la intimidad, únicamente se encuentran constitucionalmente proscritas aquellas limitaciones cuyo propósito es el de quebrar la esfera privada del individuo y ocasionarle perjuicios reales y/o potenciales de la más diversa índole, mas no aquellas que, manteniendo el margen funcional del elemento de reserva que le es consustancial, sirvan a fines constitucionalmente legítimos y se encuentren dentro de los márgenes de lo informado por la razonabilidad y la proporcionalidad.

A ello se debe agregar que la información a la que tenga acceso la Administración Tributaria resulta en una obligación específica para sus funcionarios de guardar reserva.

De lo expuesto se concluye que la intensidad de la intervención en la intimidad de las personas es leve. En efecto, el acceso a determinada información garantizada por el secreto bancario no establece una restricción total o absoluta del derecho a la intimidad, ella sólo establece una limitación parcial, circunscrita a la actividad económica del individuo.

6.3.2. Paso No. 2: Determinar el grado de importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario Resulta lógico que en aras de fiscalizar y garantizar el principio de solidaridad contributiva, la entidad administrativa, encargada de velar por la recaudación tributaria, tenga acceso a los datos financieros de los contribuyentes.

En efecto, el acceso a la información bancaria es la forma más idónea y oportuna para que la Administración Tributaria

destine sus recursos con mayor eficiencia para la fiscalización y detección del fraude fiscal y tributario.

Se trata, pues, como señaló el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente No. 0004-2004-AI/TC, de reglas de orden público tributario, orientadas a finalidades plenamente legítimas, cuales son contribuir, de un lado, a la detección de aquellas personas que, dada su carencia de compromiso social, rehúyen la potestad tributaria del Estado, y, de otro, a la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44 de la Constitución), mediante la contribución equitativa al gasto social.

Dicha disposición (nos referimos al acceso a la información financiera) sirve entonces a fines constitucionalmente legítimos, tales como el seguimiento de la actividad impositiva por parte de la Administración Tributaria, en aras de fiscalizar y garantizar el principio de solidaridad contributiva que le es inherente.

De lo expuesto podemos concluir que el grado de satisfacción del principio de solidaridad a través del acceso a la información guardada bajo el secreto bancario es elevado. En efecto, mediante este medio se garantiza una herramienta más dinámica para luchar contra la evasión y la informalidad, permitiendo hacer efectivo el principio de solidaridad contributiva, sobre el que se asienta toda la teoría tributaria del Estado Social y Democrático de Derecho.

6.3.3. Paso No. 3: Definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción del otro Según lo desarrollado hasta este punto, se tiene que existe una medida (el acceso

(23) Enunciado contenido en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente 004-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico 37.



Dino Traverso Cuesta

a la información bancaria por parte de la Administración Tributaria) a la cual se le ha reconocido que guarda una relación de fomento con un fin constitucionalmente legítimo (el combate a la evasión fiscal y la informalidad en aras de garantizar el principio de solidaridad contributiva). Reconocida la vinculación de satisfacción, ahora tenemos que examinar si se justifica la vulneración que genera esta medida al principio que se contraponen en la ponderación (el derecho de los contribuyentes a la confidencialidad de su información guardada por las instituciones bancarias y/o financieras).

Para el caso que nos ocupa, el derecho al secreto bancario, en tanto se refiere al ámbito de privacidad económica del individuo, se enfrenta a la potestad tributaria del Estado quien busca asegurarse que todos contribuyan con su mantenimiento y de acuerdo a sus posibilidades, por lo que sustentándonos en principios de orden superior concluimos que la intervención del Estado en materia tributaria debe prevalecer sobre el derecho al secreto bancario.

En efecto, desde el punto de vista de la juridicidad y de la ética no se puede sostener que el secreto bancario pueda servir como instrumento para proteger la comisión de delitos tributarios o fraudes fiscales, constitutivo de ilícitos penales, que representan un perjuicio patrimonial al Estado y consecuentemente al interés de la sociedad.

Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída sobre el Expediente No. 0004-2004-AI/TC señaló que:

“Así las cosas, las afectaciones del secreto bancario que están proscritas constitucionalmente serán sólo aquellas que conlleven, en sí mismas, el propósito de quebrar la esfera íntima del individuo, mas no aquellas que, manteniendo el margen funcional del elemento de reserva que le es consustancial, sirvan a fines constitucionalmente legítimos, tales como el seguimiento de la actividad impositiva por parte de la Administración Tributaria, en aras de fiscalizar y garantizar el principio de solidaridad contributiva que le es inherente”.

En consecuencia, en aplicación del test de proporcionalidad, en cuanto se refiere a la supuesta vulneración del derecho al secreto bancario, se concluye que el acceso a la información bancaria por parte de la Administración Tributaria siempre que sea razonable y proporcional no vulnera el mencionado principio, pues resulta una medida idónea para la detección de cualquier fraude tributario.

7. Situación actual y propuesta

Actualmente en el Perú, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT requiere de una autorización judicial previa para acceder a la información sujeta al secreto bancario.

Sin embargo, urge la necesidad de implementar un mecanismo mediante el cual se le otorgue a la Administración Tributaria las facultades o los instrumentos que le permita tener acceso a la información protegida por el citado derecho, sin transgredirlo en su ámbito constitucional esencial.

Para ello, podemos remitirnos a la legislación comparada. En efecto, en los países de México, Colombia y Chile⁽²⁴⁾ las Administraciones Tributarias poseen acceso a la información bancaria de los contribuyentes a través de dos mecanismos: (i) el envío de información confidencial por parte de los bancos ante requerimiento del Fisco; y, (ii) el envío de información confidencial por parte de los bancos al Fisco en cumplimiento de una obligación legal.

En ese sentido, siendo el único Estado de los cuatro mencionados, en el que el ente recaudador debe recurrir a la Instancia jurisdiccional⁽²⁵⁾,

(24) Nos referimos a estos países, por cuanto integran con Perú la Alianza del Pacífico. El objetivo de esta alianza es definir acciones conjuntas y armonizar procedimientos, lo que permitirá profundizar la integración entre estas economías y tener un mejor poder de negociación frente a otros mercados.

(25) De acuerdo con el inciso a) del numeral 10 del artículo 62 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado

El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional
Access to bank information for tax purposes and their weighting to the right to bank secrecy: constitutional analysis

consideramos que se podría tomar como referencia alguno de los procedimientos aplicados en los países antes citados; a fin de proponer alternativas de acceso a la información bancaria para propósitos fiscales; no obstante, debemos adelantarnos que dicha innovación requerirá necesariamente de un cambio normativo.

Por ello, habiendo realizado en el presente trabajo un examen de la constitucionalidad respecto al acceso a la información financiera por parte de la Administración Tributaria, resulta revelador que una propuesta normativa que restrinja en forma razonable el derecho al secreto bancario frente a la potestad tributaria del Estado, resulte jurídicamente viable.

Cabe precisar que legalmente, el secreto bancario se encuentra contenido en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley No. 26702, la cual se ocupa del mismo en los artículos 142 y 143; autorizando el acceso a dicha información, cuando sea requerida por: (i) los jueces o tribunales; (ii) el Fiscal de la Nación; (iii) El Fiscal de la Nación o el gobierno de un país con el que se tenga celebrado convenio internacional; (iv) El Presidente de una Comisión Investigadora del Poder Legislativo; y, (v) El Superintendente de la Superintendencia de Banca y Seguros.

En ese sentido, en atención a los criterios expuestos en los párrafos precedentes, una posible propuesta normativa versaría sobre la posibilidad de incluir en la base legal citada en el párrafo anterior, al Superintendente Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, a fin que el mismo tenga acceso al

secreto bancario cuando sea requerido exclusivamente para el cumplimiento de sus fines y siempre que medie algún indicio de evasión fiscal.

8. Conclusiones

De acuerdo al tema tratado en este trabajo, se enfrentan dos intereses muy legítimos, el de los particulares, quienes ejerciendo el derecho a su intimidad, pretenden mantener en reserva las operaciones que realicen con una entidad bancaria y/o financiera, y el del Estado, quien con el fin de lograr su objetivos de política económica, busca a través del órgano recaudador verificar los hechos impositivos, fiscalizando aquellas operaciones en donde existan indicios de evasión fiscal, accediendo a información protegida por el secreto bancario.

Es necesario por ello realizar un test de proporcionalidad para determinar qué derecho constitucional prevalece en esta disputa, considerando que ambos se sustentan en principios amparados por la Constitución.

En ese sentido, si bien, una de las manifestaciones del derecho a la intimidad es el secreto bancario, debe recordarse que todo derecho está conformado por un núcleo así como por un contenido no esencial que puede soportar restricciones o limitaciones atendiendo a principios de razonabilidad y proporcionalidad del fin buscado.

En consecuencia, sustentándonos en principios de orden superior llegamos a la conclusión que la intervención del Estado mediante el acceso a la información bancaria de los contribuyentes no afecta el contenido esencial del secreto bancario, por lo que su actuación no puede verse limitada por dicho derecho.

Asimismo, en la legislación comparada se aprecia que otras Administraciones Tributarias no tienen este tipo de restricciones para acceder a la información bancaria de los contribuyentes, por lo que consideramos que para el caso peruano se podría tomar como referencia algunos de los procedimientos aplicados por ellas. 

por Decreto Supremo No. 135-99-EF Con la finalidad de levantar el secreto bancario en estos casos, el ente recaudador cursa un oficio al juzgado competente, solicitando el levantamiento del secreto bancario de un contribuyente en particular, sustentando el mismo con el informe respectivo que muestra los indicios de evasión detectados.

El juzgado emite resolución ordenando a la Superintendencia de Banca y Seguros a fin que ordene a las instituciones bancarias y financieras entregar la información solicitada a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT.