

UNIVERSIDAD PERUANA DE LAS AMÉRICAS



ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

**El levantamiento del secreto bancario dentro de la etapa de
investigación por el delito de lavado de activos**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

**FELIPE MONROY, SATURNINO FIDEL
(ORCID: 0000-0001-6035-3084)**

ASESOR:

**DR. SIALER NIQUEN, CARLOS ALBERTO
(ORCID: 0000-0003-2965-3497)**

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO PENAL, CIVIL Y
CORPORATIVO**

LIMA, PERÚ

ENERO, 2022

RESUMEN

El presente trabajo de investigación proporciona una visión panorámica de todo el espectro legal que conlleva viabilizar la medida restrictiva del levantamiento del secreto bancario (LSB), dentro de un proceso penal en etapa de investigación por el delito de lavado de activos, analizando la normativa, doctrina y jurisprudencia existente, se ha centrado el enfoque en dos aspectos fundamentales que se tiene en cuenta para la formulación del requerimiento de levantamiento del secreto bancario por parte del Ministerio Público (MP) y la Policía Nacional del Perú (PNP) al órgano jurisdiccional; estos aspectos a revisar son: el **debido procedimiento** y la **pertinencia**, que como se detallara más adelante, son fundamentales para lograr una investigación objetiva y profunda, y por otro lado, no vulnerar derechos fundamentales de las partes. El objetivo del presente trabajo es proporcionar a las autoridades encargadas del impulso de la acción penal y/o operadores de justicia, algunas recomendaciones que faciliten acceder a la información bancaria mediante una vía alterna diferente a las medidas restrictivas o limitativas de derechos.

Con relación al aspecto del **debido procedimiento**, se revisará las normas que definen y regulan esta medida, así como el procedimiento a efectuar por los operadores de justicia, dentro de estas normas tenemos el Decreto Legislativo N° 957 Nuevo Código Procesal Penal artículo 235, asimismo, La ley N° 27379 Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, y el Protocolo de Actuación Conjunta entre MP, PNP y Poder Judicial, para el LSB.

Por otro lado, respecto a la **pertinencia** de su necesidad o pedido (que es la parte analítica del presente trabajo), se desarrollará bajo qué circunstancias es recomendable o necesario hacer el requerimiento de levantamiento para cursarlo al juez, también se analizará si es obligatorio solicitar esta medida en todos los casos de investigación o solamente en alguno de ellos, evaluando los pro y contras sobre el efecto que produce esta medida a las partes que intervienen en el proceso, sobre todo a los imputados. Para tal efecto se tomará en cuenta Jurisprudencia Constitucional, así como sentencias y casos revisados, que permitan analizar concienzudamente este tema, y sopesar las implicancias legales que irrogaría su uso desmedido o abuso del derecho.

PALABRAS CLAVE

Secreto Bancario¹, Reserva Tributaria², Medida Restrictiva³, Operaciones Activas⁴, Operaciones Pasivas⁵.

¹ Confidencialidad que las entidades del sistema financiero deben guardar en relación a la información de los clientes (Alexis Perea Especialista Parlamentario) Informe Temático N° 11-2012-2013

² Carácter reservado que se otorga a los datos, informes y demás elementos relacionados con la situación económica de los contribuyentes (Alexis Perea Especialista Parlamentario) Informe Temático N° 32-2015-2016

³ Restricción o limitación de derechos de personas investigadas en el marco de un proceso penal, Fundamento jurídico tercero. STC 09426-2005-HC/TC

⁴ Prestamos o líneas de crédito otorgados por el banco / Diccionario Económico www.economipedia.com/definiciones

⁵ Captación o depósito de los clientes / Diccionario Económico www.economipedia.com/definiciones

ABSTRACT

The present research work provides a panoramic view of the entire legal spectrum that entails making feasible the restrictive measure of the lifting of bank secrecy (LSB), within a criminal process in the investigation stage for the crime of money laundering, analyzing the regulations, existing doctrine and jurisprudence, the approach has been focused on two fundamental aspects that are taken into account for the formulation of the requirement to lift bank secrecy by the Public Ministry (MP) and the National Police of Peru (PNP) to the jurisdictional body; These aspects to review are: due process and relevance, which, as detailed below, are essential to achieve an objective and in-depth investigation, and on the other hand, not to violate the fundamental rights of the parties. The objective of this work is to provide the authorities in charge of promoting criminal action and/or justice operators, some recommendations that facilitate access to banking information through an alternate route different from restrictive or limiting measures of rights.

In relation to the aspect of due process, the rules that define and regulate this measure will be reviewed, as well as the procedure to be carried out by justice operators, within these rules we have Legislative Decree No. 957 New Criminal Procedure Code article 235, likewise, Law No. 27379 Procedure Law to adopt exceptional measures to limit rights in preliminary investigations, and the Joint Action Protocol between the MP, PNP and the Judiciary, for the LSB.

On the other hand, regarding the pertinence of your need or request (which is the analytical part of this work), it will be developed under what circumstances it is advisable or necessary to make the lifting request to send it to the judge, it will also be analyzed if it is mandatory to request this measure in all investigation cases or only in some of them, evaluating the pros and cons of the effect that this measure produces on the parties involved in the process, especially on the accused. For this purpose, Constitutional Jurisprudence will be taken into account, as well as revised sentences and cases, which allow a thorough analysis of this issue, and weigh the legal implications that its excessive use or abuse of the right would cause.

KEYWORDS

Banking Secrecy, Tax Reserve, Restrictive Measure, Active Operations, Passive Operations.

LISTA DE ACRONIMOS

LA	:	Lavado de Activos
LSB	:	Levantamiento del Secreto Bancario
MP	:	Ministerio Público
PN	:	Personal Natural
PJ	:	Persona Jurídica
PNP	:	Policía Nacional del Perú
SBS	:	Superintendencia de Banca y Seguros
SUNAT	:	Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria
SUNARP	:	Superintendencia Nacional de los Registros Públicos
SMV	:	Superintendencia de Mercado de Valores
UIF	:	Unidad de Inteligencia Financiera - Perú

LISTA DE FIGURAS

Figura 1	:	Solicitudes de SBS por requerimiento judicial
Figura 2	:	Numero de sentencias por año por LA

INDICE

RESUMEN	ii
PALABRAS CLAVE	iii
ABSTRACT	iv
KEYWORDS	iv
LISTA DE ACRONIMOS	v
LISTA DE FIGURAS	v
CAPITULO I Introducción	1
CAPITULO II Antecedentes nacionales e internacionales	4
2.1 Antecedentes Nacionales	4
2.1.1 Malena Osorio	4
2.1.2 Alexis Perea.....	5
2.2 Antecedentes Internacionales	6
2.2.1 Christine Weidenslaufer	6
2.2.2 El Comité de Asuntos Fiscales	6
CAPITULO III Doctrina, Jurisprudencia y Legislación	7
3.1 Doctrina	7
3.2 Jurisprudencia	7
3.3 Legislación	8
CAPITULO IV Desarrollo del Tema	8
3.1 ¿Existe algún perjuicio diferente al penal, para el investigado por imponérsele la medida de LSB?	12
3.2 ¿Se está haciendo abuso del derecho empleando el LSB en este tipo de proceso investigador a pesar de que el investigado ha cooperado durante toda la investigación?.....	13
3.3 ¿Existe un medio alternativo para que las autoridades accedan a la información bancaria y financiera sin la medida de LSB, que garantice una información completa para la investigación?	14
CAPITULO V Conclusiones	16
CAPITULO VI Aporte de la investigación	17
CAPITULO VII Recomendaciones	17

CAPITULO I Introducción

El lavado de activos, es un conjunto de modalidades delictivas enmarcadas en el Decreto Legislativo 1106 “Lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado”, el cual consiste en introducir dineros o activos ilícitos al sistema legal, mediante diversas operaciones, para así usufructuarlo y seguir con la actividad criminal generadora⁶.

Entonces, dentro del concepto de lavado de activos aceptado mayoritariamente por la comunidad jurídica nacional e internacional, esta actividad requiere ingresar activos ilícitos al “sistema legal”, lo cual quiere decir incorporarlos a registros y bases de datos de entidades Públicas o Privadas para su utilización, estas bases de datos o registros pueden ser por ejemplo: El Registro de propiedad de bienes muebles e inmuebles en SUNARP, Registro de acciones o valores financieros en la SMV, Registro de moneda nacional o extranjera o instrumentos financieros en Entidades Bancarias reguladas por la SBS, etc. Se hace mención que, para incorporar los activos en estos registros o bases de datos, se requiere de un variado conjunto de operaciones jurídicas o administrativas, formales e informales, que permita tener el sustento o fachada de una operación real.

La actividad prioritaria del “lavador” de incorporar activos ilícitos al sistema legal, conlleva en introducir estos activos a uno principalmente, el **sistema financiero**; se asevera esto porque existe una necesidad universal para la comisión de este delito, el de contar en primer lugar con instrumentos financieros para poder ingresar a los demás componentes del sistema legal, instrumentos que van desde una cuenta bancaria, cheques de gerencia, hasta otros más sofisticados como son bonos, certificados y estructuración de inversiones. Demás está decir, que, al ingresar activos ilícitos al sistema financiero o bancario, ya se logró con ingresar al sistema legal y se estaría configurando el delito, pero se puede advertir que el “lavador” no se queda ahí, sino que utiliza el sistema financiero para usufructuar de mejor forma los activos ilegales obtenidos e inclusive financiar la actividad ilícita generadora, lo cual conlleva a un ciclo pernicioso, que es altamente complejo de investigar y combatir.

Ingresar a este circuito legal y específicamente al financiero para utilizarlo, es una labor compleja que realizan los “lavadores”, debido a que existe todo un sistema de prevención del delito de lavado de activos, el cual, mediante un conjunto de políticas y procedimientos

⁶ Definición proporcionada por la UIF - SBS

establecidos en el país, ordena a sujetos obligados a reportar a la Unidad de inteligencia Financiera UIF cualquier operación sospechosa cometida por particulares o empresas vinculadas a estos fines ilícitos.

En este punto es preciso indicar de todo lo detallado anteriormente que, el mayor logro al que arriban los “lavadores” es ingresar sus capitales ilícitos al sistema financiero y utilizarlo mediante sus instrumentos, para lograr el disfrute de los activos y su reinversión. Motivo por el cual, en una investigación por delito de lavado de activos, la información bancaria y financiera resulta de vital importancia para obtener los indicios y evidencias del delito, así como identificar a los autores o cómplices de su comisión, estableciendo la colocación de dinero, su transferencia y trazabilidad a otras cuentas o instrumentos. Es preciso indicar que cuando los activos están en el sistema financiero, existe un derecho que tienen todas las personas “el secreto bancario”⁷, y la única forma de acceder a ella en un proceso penal es mediante la imposición de medidas restrictivas o limitativas que permitan el acceso a esta información para la obtención de la prueba.

Desarrollando este tema de las medidas restrictivas o limitativas, tenemos al **Levantamiento del Secreto Bancario** como herramienta legal que permite tener acceso a la información bancaria cautelada constitucionalmente como secreta, entonces a través de esta herramienta legal en una investigación penal se podría tener acceso a información de los investigados y sospechosos de actividades de lavado de activos.

Un punto importante a tomar en cuenta, es que el sistema financiero está íntimamente relacionado con el sistema tributario y sistema bursátil, por eso cuando se escucha de medidas restrictivas del levantamiento del secreto bancario, siempre o casi siempre se encuentra acompañada del levantamiento de la reserva tributaria y bursátil, sin embargo para el presente trabajo solo se analizara el secreto bancario, debido a que la diferencia de “secreto” y “reserva” conlleva a un análisis diferenciado, que por el momento no se realizara para los fines del presente trabajo de investigación.

El levantamiento del Secreto Bancario, es una herramienta legal que ha sido regulada en el tiempo, su utilización y empleo ha sido desarrollado por el continuo debate de su utilización y afectación de derechos a las partes, teniendo para este tema desde un punto de vista **procesal**, una normativa bastante clara basada principalmente en tres:

⁷ Artículo 140 de la Ley N° 26702 Ley General del Sistema Financiero

1. Decreto Legislativo N° 957 Nuevo Código Procesal Penal artículo 235.
2. Ley N° 27379 Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares.
3. Protocolo de Actuación Conjunta entre MP, PNP y Poder Judicial, para el LSB.

Desde el punto de vista de la **pertinencia** del requerimiento de esta medida, el análisis nos lleva a cuestionar si es necesario realizar el LSB en todos los procesos de investigación por LA, podemos indicar que, la información bancaria y financiera es de importancia prioritaria para la realización y culminación de una buena investigación preliminar ergo es necesaria, y con el LSB se obtiene esta información requerida, pero aquí surge una gran interrogante **¿El LSB es la única forma o medio de obtener la información bancaria o financiera del investigado?**, como se ha detallado anteriormente, una investigación por LA requiere necesariamente de esta información para que sea completa y se pueda esclarecer los hechos, entonces su obtención debe ser una prioridad en la investigación, pero la forma de la obtención de esta información es la que se pretende analizar y en algún extremo cuestionar académicamente desde un punto de vista legal en cautela de derechos fundamentales de los investigados, porque podríamos estar en escenarios bastante probables donde PN o PJ son sometidas a medidas de LSB en forma innecesaria o injusta; por ejemplo, ponemos un caso supuesto de una persona jurídica dedicada a la venta de combustibles de nombre “TILA SAC” su gerente general el Sr. Chávez tiene una denuncia penal archivada del año 2000 por un delito de lesiones, esta empresa ha innovado un sistema de distribución de combustible a vehículos navieros en la costa peruana, con venta en la propia nave a través de despachos con vehículos pequeños, lo cual favorece a los clientes por el ahorro de costos de desplazamiento y tiempo invertido, este nuevo esquema de negocio le da ingresos inmediatos y líneas de crédito bancario en sus 12 meses de creación, que le permite reinvertir y comprar mediante leasing a la empresa TILA SAC más flota (6 naves distribuidoras); sin embargo, las empresas competidoras se ven afectadas drásticamente en sus ingresos y se quedan sin clientes, por tal motivo denuncian a través de medios no tan formales y en forma maliciosa por delito de LA, en base a los antecedentes del Gerente y la adquisición sospechosa de las naves distribuidoras en tan poco tiempo, aperturandose una investigación fiscal, entonces en el transcurso de las diligencias de investigación esta PN o PJ investigada proporciona toda la información requerida, se presenta a declarar, y proporciona toda la información bancaria y financiera del requerimiento contable; sin embargo, se emite una resolución con la medida restrictiva del LSB en su contra, con el objetivo de complementar la investigación, únicamente por registrar operaciones bancarias y

operaciones financieras, entonces aquí surgen unas interrogantes ¿existe algún perjuicio diferente al penal, al investigado por imponérsele la medida de LSB? ¿Se está haciendo abuso del derecho en este tipo de proceso investigatorio a pesar de que el investigado ha cooperado durante toda la investigación? **¿Existe un medio alternativo para que las autoridades accedan a la información bancaria y financiera sin la medida de LSB, que garantice una información completa para la investigación?**

Si bien es cierto, nuestra legislación ha desarrollado adecuadamente el procedimiento regular a llevarse a cabo para la solicitud, contenido y ejecución de una medida restrictiva o limitativa de LSB, lo que no se ha realizado, es analizar cuando es pertinente aplicar esta medida, tampoco el perjuicio que podría tener una PN o PJ denunciada maliciosamente por LA al que se le impone esta medida, entendiendo que este perjuicio podría evitarse, además no se ha realizado el análisis de medios alternativos para que los operadores de justicia tengan acceso a información bancaria y financiera de los investigados en forma completa, sin la imposición del LSB.

CAPITULO II Antecedentes nacionales e internacionales

En el presente trabajo no revisa antecedentes, que desarrollen el tema de la justificación del origen del “secreto bancario” (tema muy importante para mencionarlo) ni sus características de derecho fundamental como una manifestación del derecho a la intimidad, la revisión va dirigida a enfocar la medida del Levantamiento del Secreto Bancario en sí, es decir su análisis y desarrollo, y como otras áreas del derecho diferentes al penal, como es el caso del tributario y sistema preventivo representados por SUNAT y UIF respectivamente, vienen propugnando legislativamente para alcanzar la capacidad del acceso a esta información.

2.1 Antecedentes Nacionales

2.1.1 Malena Osorio (**Osorio, 2019**), presento la tesis para el grado de Magister denominado Constitucionalidad de la autorización a la Unidad de Inteligencia Financiera para acceder al Secreto Bancario, Reserva Tributaria y Bursátil, que dentro de sus conclusiones arriba que, el sector financiero es uno de los más vulnerables para las prácticas de lavado de activos, y que una investigación por este delito requiere de información bancaria del agente del delito, antes y después de su comisión, debiéndose conocer la existencia de colocaciones u operaciones bancarias del imputado o personas relacionadas en su entorno.

2.1.2 Alexis Perea, (**Perea, 2021**) presento para el departamento de investigación y documentación del Congreso de la República, el Informe Temático 111/2020-2021, titulado Legislación comparada del Secreto Bancario, como documento de consulta de la regulación que existe en los países de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia y Perú, donde resalto en sus conclusiones *“El marco normativo de los países seleccionados prevé la protección de los datos de los usuarios de los servicios financieros, obligando a las entidades del sistema financiero a guardar la debida confidencialidad respecto de los mismos. En Argentina y Perú la legislación lo define como secreto, en tanto que en Colombia se alude a la reserva bancaria. En Bolivia, el secreto bancario fue sustituido por la reserva y confidencialidad de la información. En Chile, la legislación distingue entre el secreto y la reserva bancaria, cada una con graduaciones distintas respecto a la confidencialidad de la información”*, es importante mencionar la legislación Chilena por que hace un distingo entre Secreto y Reserva, toda vez que las operación pasivas (de depósitos o captación de los clientes) son secretas, las demás operaciones activas y neutras (prestamos o líneas de crédito) son solamente reservadas y su acceso es menos restrictivo que la información secreta.

En la revisión de antecedentes nacionales se encuentra, que el sistema bancario es utilizado por organizaciones criminales para cometer el delito de lavado de activos y otros delitos, y el secreto bancario es una primera barrera para la investigación, pero con el transcurrir del tiempo la información bancaria se ha dividido en tres grupos: Operaciones Activas (prestamos o líneas de crédito otorgados por el banco), Operaciones Neutras (servicios donde no se captan ni se colocan activos) y Operaciones Pasivas (captación o depósito de los clientes)⁸, la cual está siendo accedida poco a poco por las autoridades para fines tributarios y de prevención, tal es el caso de las operaciones activas y neutras, las cuales no tienen el mismo nivel de secreto que las operaciones pasivas; si bien es cierto, en nuestra legislación peruana tanto las operaciones activas, pasivas y neutras aún continúan denominándose secretas a diferencia de la legislación Chilena, también es cierto que sobre las operaciones activas y neutras si se tiene acceso en una investigación penal por LA, mas no a las operaciones PASIVAS cuyo acceso solamente se obtiene con el LSB, es decir con la emisión judicial de una medida restrictiva.

⁸ Diccionario Económico www.economipedia.com/definiciones

2.2 Antecedentes Internacionales

- 2.2.1 Christine Weidenslaufer (**Christine Weidenslaufer, 2020**), Asesora técnica parlamentaria de Chile, hace una revisión a la legislación chilena referente al secreto y reserva bancaria, y realiza una comparación normativa con otros países como EEUU, Francia, México y otros, estableciendo que se reconoce limitaciones a la inaccesibilidad de información bancaria mediante leyes especiales, otorgando el acceso a organismos fiscalizadores y cuerpos de ley, estableciendo un procedimiento especial para su cometido, especialmente en materia tributaria, financiera y lavado de activos.
- 2.2.2 El Comité de Asuntos Fiscales de la Organización para la Cooperación para el Desarrollo Económico OCDE (**Comite de Asuntos fiscales OCDE, 2000**) presento el Informe para mejorar el acceso a la información bancaria para fines fiscales, que para el caso peruano seria fines tributarios, donde luego de un análisis realizado opina en base a la metodología y revisión efectuada expuesta en el apartado 20 del informe, que todos los países miembros de la OCDE permitan el acceso a los datos bancarios directa o indirectamente para cualquier objetivo tributario. Por que esto contribuye a impedir que PN o PJ evadan los sistemas de control buscando el blanqueo de capitales, sobre todo cuando se realizan operaciones a nivel internacional, indicando para finalizar que el Grupo de Acción Financiera GAFI ha tomado cartas sobre el asunto para solucionar estos problemas.

Los antecedentes internacionales nos detallan que el enfoque internacional se ve orientada a permitir el acceso de la información bancaria a organismos autorizados preponderantemente en materia tributarias, financieras y lavado de activos, pero este acceso directo es a operaciones activas y neutras, y las operaciones pasivas aún se encuentran cautelados en el ámbito de Secreto, y su acceso tiene mayoritariamente una vía judicial, a excepción de algunos países en el mundo que al tener una estructura estatal diferente, las autoridades vinculadas con temas tributarios, financieros y lavado de activos, tiene acceso a la información pasiva, previa concurrencia del cumplimiento de innumerables requisitos administrativos.

CAPITULO III Doctrina, Jurisprudencia y Legislación

3.1 Doctrina

El secreto bancario históricamente nace con el surgimiento de la actividad bancaria, y se remonta a la práctica tradicional del derecho común o *common law*, donde se refiere básicamente a la confidencialidad que debían guardar las entidades del sistema financiero sobre la información de sus clientes.

La fundamentación de la existencia del secreto bancario tiene varias teorías, siendo la mas conocida el del secreto profesional, es decir la profesión del banquero, donde este último debía guardar reserva de las operaciones que realizaba con sus clientes, en la actualidad se ha traducido a la obligación que tienen las entidades financieras de no divulgar las operaciones financieras de sus clientes, siendo un estándar dentro del marco legal de muchos países.

Otra teoría sostiene la protección de derechos inherentes a la persona, como es el derecho a la intimidad, seguridad e integridad, y por último existe una teoría de economía de mercado, que refiere que el secreto bancario es esencial y fundamental para un sistema bancario optimo y eficiente.

En el Perú, ha existido varias reformas legislativas sobre el secreto bancario, anteriormente era denominado reserva bancaria, pero en el año 1993 con el D.L. 770 Ley Orgánica de la SBS se llega a denominar secreto bancario.

3.2 Jurisprudencia

El tribunal constitucional ha reconocido que una manifestación del derecho a la intimidad, se concretiza en el ámbito económico con el secreto bancario y la reserva tributaria, en sociedades donde la información bancaria y tributaria pueda generar una especie de “biografía económica” coloca al individuo en una situación de riesgo no solo de su intimidad, sino también de su seguridad e integridad, pero también se expone la posibilidad de limitar este derecho, según los fundamentos 34, 35 y 37 de la STC 004-2004-AI/TC, por demanda de inconstitucionalidad de articulados de los D.L. 939 y 947 referidas a la Evasión y Bancarización respectivamente.

Asimismo, en los fundamentos 9 y 10 de la STC1219- 2003-11D/TC, se corrobora que el secreto bancario forma parte del derecho a la intimidad, pero indica además que el titular de ese derecho es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza las operaciones bancarias o financieras, indicando el TC que ni las entidades financieras ni la SBS pueden ser titulares de ese derecho.

Por otro lado, se tiene lo expuesto en el fundamento 16 de la STC 009-2014-PI/TC, donde indica que el secreto bancario no es un derecho absoluto, y admite la posibilidad de

que este derecho pueda ser limitado con la finalidad de satisfacer otros bienes jurídicos constitucionales.

Finalmente, y en consonancia con el desarrollo normativo sobre este tema, mediante STC 922/2021 en los expedientes N° 00003-2021-PI/TC y 00009-2021-PI/TC (acumulados), el TC establece que no resulta inconstitucional el acceso o suministro de información de parte de entidades financieras a SUNAT, referidas a labores propias de fiscalización tributaria, pudiendo acceder esta entidad a saldos, promedios, acumulados y montos mas altos en un periodo en específico, pero no los movimientos de cuenta de los clientes.

3.3 Legislación

En primer lugar, tenemos a la Constitución Política del Perú, en su artículo 2°.5, limita el derecho del secreto bancario y establece el acceso de esta información a funcionarios autorizados, como son el Juez, El Fiscal de la Nación y una Comisión Investigadora del Congreso.

El Código Procesal Penal 2004, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 957, en el artículo 235 establece que cuando sea necesario y pertinente, el Fiscal solicitara al Juez quien ordenara el LSB, asimismo puede ordenar incautaciones o bloqueos de instrumentos financieros así no pertenezcan al imputado, y pesquisas en entidades del sistema financiero.

Otra norma de importancia es la Ley 26702 Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, en el Capítulo II (art 140 al 143) norma el Secreto Bancario, el alcance de prohibición, la falta que representa violar el secreto bancario, la información no comprendida en el secreto bancario, y el LSB.

Para finalizar, otra norma que establece el LSB como medida limitativa para una investigación penal en atapa preliminar, es la Ley N° 27379 (y modificatoria D.L. 988), conteniendo características similares al art 235 del código procesal penal.

CAPITULO IV Desarrollo del Tema

El lavado de activos es una actividad que realizan mayormente las bandas y organizaciones criminales para usufructuar sus ganancias ilícitas e inclusive financiar la actividad ilegal generadora de sus fondos, de tal forma que ingresan sus activos al sistema financiero para convertirlos, transferirlos, ocultarlos o tenerlos bajo su esfera de dominio. Una vez ingresado al sistema financiero, estas organizaciones tienen una cobertura legal la cual es un derecho constitucional denominado “secreto bancario”, donde las entidades financieras tienen la obligación de no informar de las operaciones y productos a quienes no ostenten la condición de titular o este legalmente autorizado para conocerlas.

Para tal efecto, el Estado con la finalidad de lograr contrarrestar efectivamente la comisión del LA, tiene dentro del ordenamiento jurídico, como ya se ha mencionado anteriormente una herramienta legal conocida como **Levantamiento del Secreto Bancario**, esta se encuentra procedimentada principalmente por 3 normas:

- a. Decreto Legislativo N° 957 Nuevo Código Procesal Penal - artículo 235⁹, que define al LSB como una medida restrictiva, detallando el procedimiento y actores que intervienen para viabilizar esta medida, indicando que el pedido debe ser “necesario” y “pertinente”.
- b. Ley N° 27379 Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, que en su artículo 2 detalla todas las medidas limitativas a la que se puede acudir en investigaciones preliminares, encontrándose en el numeral 5 el LSB, en esta norma la denominan medida limitativa, a diferencia de la anterior (medida restrictiva), pero de similar forma se detalla también el procedimiento y actores a cargo de su realización, observando también en esta norma que el pedido deberá ser necesario y pertinente.
- c. Protocolo de Actuación Conjunta entre MP, PNP y Poder Judicial, para el LSB¹⁰, mediante este documento normativo se procedimenta detalladamente el actuar de la Policía Nacional del Perú, Ministerio Público y el Poder Judicial, hasta la culminación de la investigación.

Estas tres normas tienen algo en común; que, para acceder a la información bancaria en una investigación penal, debe optarse por la vía judicial mediante una medida restrictiva o limitativa, no planteando otro escenario, siendo este el motivo por el cual se desarrolla el presente trabajo, donde se enfocará otros escenarios en una investigación de este tipo y se pretenderá buscar vías alternas a la judicial para obtener la tan necesaria información bancaria.

Con la finalidad de analizar y proponer acciones más eficaces dentro de la labor de investigación, a continuación retomamos el ejemplo de la empresa “TILA SAC” que tiene un proceso de investigación abierto por lavado de activos a raíz de una denuncia maliciosa generada por la empresa competidora, esta persona investigada en el transcurso de la investigación como se dice coloquialmente se pone a derecho, brinda toda la información

⁹ Este artículo se encuentra dentro del Título III del del NCPP “La búsqueda de la prueba y **restricción** de derechos”

¹⁰ Aprobado mediante Resolución Administrativa N° 134-2014-CE-PJ por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del 23ABR2014

solicitada por la PNP y la Fiscalía, el Gerente se presenta a brindar su manifestación exponiendo los hechos, proporciona la información solicitada en el requerimiento contable que formula el perito contador; sin embargo, las autoridades generan el LSB en su contra y además en contra de PN y PJ vinculadas a su actividad comercial; entonces, se tiene un grupo de investigados más grande, que soportan una medida restrictiva o limitativa como es el LSB. En este supuesto escenario (que sucede reiteradamente en las investigaciones por lavado de activos) donde existen investigados que han sido vinculados por temas contractuales o similares, se observa una desprotección de parte del Estado al someterlos a los rigores de un proceso penal y afectarlos con medidas restrictivas o limitativas, sin entender a cabalidad todas las repercusiones que sufre especialmente una persona jurídica cuando registra en el sistema financiero una medida de LSB.

Si bien es cierto, el derecho penal es de ultima ratio y dentro de esta vía el LSB es una medida excepcional para la búsqueda de la prueba, especialmente para investigar delitos complejos como el LA, obviamente cumpliendo el debido proceso y resguardando los DDHH de los investigados; sin embargo, no existe mayor cantidad de casos archivados o sin sentencia que los investigados por delito de lavado de activos, es decir se cuenta con una considerable carga procesal por este delito, sin embargo no se tiene altos índices de acusaciones o sentencias que sea proporcional a los casos investigados, esto también en comparación con otros delitos.

Por ejemplo, en la Figura 1 se puede observar la información obtenida por un grupo de profesores del Departamento Académico de Derecho-Grupo de Investigación de Derecho Bancario y Financiero de la PUCP, donde la cantidad de oficios remitidos por la SBS a las entidades del sistema financiero requeridos por autoridad judicial, es decir por medio del LSB, en un solo año el 2017 alcanzó la cantidad de 10,789 solicitudes.

FIGURA 1: *Solicitudes de SBS por requerimiento judicial*



Nota: La figura muestra la cantidad de solicitudes de la SBS a mérito de un requerimiento judicial vinculado al LSB en el año 2017

Fuente: (Departamento Académico de Derecho-Grupo de Investigación de Derecho Bancario y Financiero de la PUCP, 2019)

Por otro lado, según información publicada por la SBS en el I Informe de Sentencias de Lavado de Activos en el Perú – Análisis de sentencias condenatorias firmes 2012 – 2018, nos indica que en este periodo únicamente ha habido 91 sentencias condenatorias firmes, y en el año 2017 solo 11 sentencias

FIGURA 2: *Numero de sentencias por año por LA*



Nota: la cantidad de sentencias firmes en el 2017 solo fue de 11

Fuente: (SBS - UIF, 2019)

Entonces podemos observar que existe una gran brecha comparativa de los requerimientos de LSB por vía judicial a la SBS y las sentencias firmes por LA (en el año 2017: 10,789 solicitudes versus 11 sentencias), lo cual nos advierte la existencia de una gran problemática en nuestro medio, en la cual muchas PN o PJ están siendo sometidas a medidas judiciales restrictivas o limitativas del LSB y al final pocas son las sentenciadas, lo cual no llega ni siquiera al 1%.

Este dato obtenido, debe generar una gran preocupación a los operadores de justicia y entidades comprometidas, porque se está invirtiendo demasiados recursos humanos y logísticos para viabilizar estas medidas de LSB, lo cual revierte además en una excesiva carga procesal, que al final no tiene un resultado palpable o proporcional a la inversión de recursos para este cometido. Si analizamos todo el proceso que demanda obtener el LSB, podríamos decir que la Procuraduría como parte agraviada formula informes solicitando el LSB de los investigados para complementar la información de la investigación, la PNP formula el Informe correspondiente para cursarlo al Fiscal, adjuntando toda la información detallada en el

protocolo de actuación conjunta, de ahí el Ministerio Público formula el requerimiento al Juez mediante otro documento para su procedencia, luego el Juez resuelve para que se ejecute la medida de LSB, este proceso dura meses y genera carga laboral, y como ya hemos visto con los datos detallados anteriormente, no todos los casos de este procedimiento llega a buen puerto (menos del 1%), acotando que esto da una sensación de un exceso de celo o exageración de parte de las autoridades al aperturar investigaciones o ampliar las diligencias de investigación que terminen en LSB.

Este exceso posibilita la existencia de un gran número de carpetas fiscales o investigados que son aperturadas o incorporados innecesariamente a procesos de este tipo, es decir solo por exceso de celo profesional o por formalismos funcionales de las autoridades o requerimiento de parte se inicia investigaciones por LA (muchas veces el Ministerio Público no archiva de plano una denuncia sino que dispone la realización de diligencias de investigación, o la procuraduría ante el archivo, presenta quejas para la realización de diligencias de investigación) y en el proceso se emite la medida de LSB, entonces, para analizar esta problemática retomamos las interrogantes que se plantearon anteriormente:

3.1 ¿Existe algún perjuicio diferente al penal, para el investigado por imponérsele la medida de LSB?

Existen procedimientos y protocolos que utilizan las entidades financieras (bancos, financieras, cajas, cooperativas, etc.) para otorgar sus productos, evalúan el nivel de riesgo que presentan sus clientes para otorgar o no el crédito, y fijar la tasa de interés adecuada al caso, pudiendo ser tasas de interés muy bajas denominadas preferentes o las tasas altas. Entendiendo que en una actividad comercial o industrial el apalancamiento o financiamiento bancario (préstamo) es una actividad importante y necesaria para conseguir capital de trabajo para la continuidad de sus operaciones y obligaciones (**Silupu, 2018**). Esto es necesario para evitar la falta de liquidez, porque la iliquidez genera más quiebras y cierre de empresas que inclusive la falta de ventas de bienes o servicios.

El efecto negativo que sufre una empresa con LSB es el cambio drástico de su nivel de riesgo crediticio, en tal sentido una entidad bancaria al conocer la condición de investigado por LA, para otorgar un crédito incrementará la tasa de interés al cliente, reducirá el capital principal a montos inferiores, o simplemente no otorgará el crédito, lo cual generará problemas operativos en la empresa o en casos más graves causa insolvencia con la subsecuente quiebra.

Para muchos esta insolvencia o falta de liquidez de los investigados no significa gran perjuicio, pero si lo es para toda la cadena de pago que depende de la actividad de esa empresa, como son proveedores, services, trabajadores, etc., por lo cual se colige que afecta a muchas personas más que solamente las investigadas, peor aún si se trata de una empresa investigada injustamente.

3.2 ¿Se está haciendo abuso del derecho empleando el LSB en este tipo de proceso investigador a pesar de que el investigado ha cooperado durante toda la investigación?

No existe mucho desarrollo doctrinario, ni estudios o investigaciones académicas que vean sobre este cuestionamiento, pero por una lógica jurídica no debiera someterse a medidas limitativas – restrictivas, si se cumple con requisitos previos, como puede ser la cooperación en la investigación por parte del investigado, presentarse a declarar, proporcionar información contable, bancaria o financiera. Etc.

Aquí llegamos a un entrampamiento en la investigación, por un lado, si no utilizamos el LSB no tenemos la información para complementar la investigación (ojo que si solo contamos con la proporcionada por el investigado puede ser solo parcial o la que le conviene), pero si procedemos al LSB a todos los investigados se generan perjuicios a investigados con procesos aperturados o incorporados maliciosamente (que según los datos revisados pueden representar un alto porcentaje) o excesiva carga procesal al aparato estatal con los costes que eso implica.

Actualmente y como se aprecian en los datos revisados, los operadores de justicia no se están haciendo muchos problemas, y están optando por utilizar el LSB como herramienta para acceder a la información bancaria para investigaciones por LA en forma general en casi la totalidad de sus investigaciones, teniendo como criterio en caso del secreto bancario que este no es un derecho absoluto y debe ponderarse a la función constitucional del MP en la búsqueda de la prueba¹¹, soportándose toda la carga que eso implica, y generando perjuicio tanto a los investigados que posiblemente sean parte del proceso en forma injusta o innecesaria, debido al alto porcentaje que son sometidos a LSB y no culminan con una sentencia judicial firme, y perjuicio al Estado por la carga y costes que se asumen.

¹¹ Fundamento 8.4 Casación 472-2018 Sala Penal Permanente Nacional

3.3 ¿Existe un medio alternativo para que las autoridades accedan a la información bancaria y financiera sin la medida de LSB, que garantice una información completa para la investigación?

Como bien se ha definido el secreto bancario, es el deber que tienen las entidades financieras de no proporcionar la información de sus clientes, esta información como ya se ha detallado se agrupan en activas, pasivas y neutras, siendo la información pasiva (depósitos o captación de los clientes) la que se encuentra protegida en forma más estricta por el secreto bancario, y en una investigación por LA solo se accede por vía judicial, pero por otro lado es preciso indicar que la titularidad del secreto bancario no le corresponde ni a la SBS ni a las entidades financieras, sino le corresponde únicamente al cliente (sentencia del Tribunal Constitucional)¹², y esto es lo que diferencia del término “reserva” donde las partes son titulares de la información, entonces así como le corresponde al cliente la titularidad, sería el único que podría disponer o solicitar que se de acceso a su información bancaria o financiera.

En la actualidad no existe dentro de este proceso de investigación, una implementación normativa en la cual disponga al sistema financiero (SBS) que proporcione toda la información bancaria cuando una PN o PJ lo solicite, y peor aún que esta se atienda gratuitamente; entonces, de aquí proviene la información parcial que proporciona el investigado al proceso (por que la SBS no atiende en totalidad el pedido o por el ahorro que busca el cliente frente a los costos que cobran los bancos por sus reportes), con la consecuente desconfianza del investigador y la presunta necesidad de contar con el LSB.

Entonces un punto de partida inicial para solucionar en parte toda esta problemática es distinguir entre:

- a). Investigados que participan con la investigación, preferentemente con tres acciones: (1) presentarse a declarar, (2) proporcionar información que aclare los hechos denunciados, y (3) presentar información contable financiera requerida.
- b). Investigados que no participan con la investigación, que no presentan las tres acciones mencionadas o solamente alguna de ellas.

Al diferenciarlos de esta manera podemos advertir rápidamente que, para el segundo grupo, los que no participan completamente con la investigación, si se justifica el sometimiento a la medida de LSB.

¹² Proceso por acción de habeas data, producto del recurso interpuesto por Nuevo Mundo Holding SA (NMH) contra la resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (exp. 1219-2003-HD) en el proceso seguido contra la Superintendencia de Banca Seguros y AFP (SBS)

Con el primer grupo, se debe implementar un procedimiento en el cual sea el investigado (cliente del sistema financiero y titular de su secreto bancario) el que solicite administrativamente a la SBS la información bancaria completa, esto tendrá dos efectos:

- a) Que el registro en el sistema financiero de ese cliente será de una solicitud administrativa, y no de una medida restrictiva impuesta por el poder judicial, lo cual no afectaría su nivel de riesgo crediticio, sus tasas de interés o líneas de crédito
- b) Que se evitaría toda la carga laboral y procesal que implica viabilizar desde un inicio una medida restrictiva-limitativa de LSB por los operadores de justicia, con los costos que eso implica.

El reto radica en implementar esta solicitud administrativa, solicitud que debería ser protocolizada en un documento oficial mediante formato pre establecido en diligencia oficial con participación del MP y PNP, que deba tener el respaldo mediante norma con rango de ley, para que el sistema financiero regulado por la SBS proporcione la información completa de operaciones pasivas como si se tratase de una medida judicial de LSB. Esta autorización a la información bancaria por parte del titular podría denominarse “Otorgamiento de Secreto Bancario (OSB)”.

CAPITULO V Conclusiones

- 4.1 Existe una gran brecha identificada, de solicitudes emitidas por la SBS a sus entidades supervisadas, requeridos por autoridad judicial referente a LSB; y sentencias firmes por lavado de activos, que comparativamente en el año 2017 (10,789 LSB versus 11 sentencias firmes) representa una diferencia de más del 99%. Lo cual permite colegir la existencia de una alta probabilidad de PN y PJ que serían investigados por LA en base a denuncias maliciosas, o incorporados por formalismos legales o procedimentales.
- 4.2 Existe un alto perjuicio a los investigados sea PN o PJ, en el sistema financiero, al imponerse desmedidamente medidas limitativas-restrictivas de LSB, toda vez que registrar una medida judicial de LSB, inmediatamente impacta en su nivel de riesgo crediticio, sus tasas de interés, monto o procedibilidad de crédito, perjuicio que se tornaría preocupante si estas empresas son investigadas injustamente.
- 4.3 Existe una recarga laboral y procesal con los costes que esto implica, a los operadores de justicia, para viabilizar todo el procedimiento de una medida de LSB, que como se ha podido determinar poco es el porcentaje que culmina con sentencia firme (menos del 1%)
- 4.4 Resulta necesario distinguir a los investigados en dos grupos: (1) los que no participan con la investigación a los que necesariamente se deberá imponer el LSB y (2) los que participan con la investigación, a los que se deberá implementar un procedimiento diferente a la de una medida limitativa-coercitiva, para obtener la información bancaria (operaciones pasivas) en forma completa y emitida por organismo competente (SBS). Lo cual disminuiría perjuicios a investigados y economizaría costes al Estado evitando carga procesal.
- 4.5 No existe a la fecha una implementación normativa, para un procedimiento en el cual una PN o PJ investigada por LA, solicite en vía administrativa (a la SBS y que esta conteste), la información bancaria en forma completa en especial las operaciones pasivas; por lo tanto, esta deficiencia permite que este trabajo de investigación recomiende la “implementación de un documento (solicitud) protocolizado mediante formato autorizado pre establecido, formulado en diligencia oficial ante PNP o MP, con respaldo de norma con rango de ley, para que el sistema financiero supervisado por la SBS proporcione obligatoriamente la información del Secreto Bancario del solicitante, como si esta fuera una medida judicial de LSB, pudiendo denominarse OTORGAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO”.

CAPITULO VI Aporte de la investigación

La presente investigación aporta un análisis sobre un tema que en la actualidad representa una problemática que no ha sido abordada con la prioridad que amerita el caso, por las personas o entidades responsables de la prevención de la comisión del delito de lavado de activos, el hecho de proceder a esta solicitud administrativa OSB, para minimizar o evitar perjuicios y costos, resultaría de gran utilidad en los procesos de Investigación y a todo el sistema de prevención de lavado de activos en general.

CAPITULO VII Recomendaciones

Se recomienda profundizar este tema, conformando un equipo de profesionales y expertos, a efectos de que se analice la viabilidad técnico-normativa para la implementación del procedimiento de “Otorgamiento del Secreto Bancario” solicitado por el titular y dirigido a la SBS, fundamentado en la problemática existente por la brecha existente de las medidas de LSB emitidas frente a la poca o casi nula cantidad de sentencias firmes por LA, asimismo analizar el costo beneficio que implicaría su implementación, que a criterio del suscrito favorecería en la disminución de la carga procesal y su costes, así como evitar perjuicios en los investigados, por denuncias maliciosas o incorporados por formalismos procedimentales.

Referencias bibliográficas

- Christine Weidenslaufer. (2020). *Secreto y reserva Bancaria*. Congreso Nacional de Chile. Santiago: Biblioteca Parlamento de Chile. Recuperado el 20 de enero de 2021, de https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/30300/1/Secreto_y_reserva_bancaria.pdf
- Comite de Asuntos fiscales OCDE. (2000). *Mejorar el acceso a la informacion bancaria por motivos fiscales*. francia: Éditions del OCDE, 2. Obtenido de <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/38623405.pdf>
- Departamento Académico de Derecho-Grupo de Investigación de Derecho Bancario y Financiero de la PUCP. (1 de diciembre de 2019). *Alcances y Retos del Secreto Bancario*. Obtenido de Artículo de investigacion: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/169820/De%20la%20Haza%2c%20Aguedo%20y%20Flores.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Osorio, M. (2019). TESIS. *CONSTITUCIONALIDAD DE LA AUTORIZACIÓN A LA UIF PARA ACCEDER AL SECRETO BANCARIO*. Lima, Peru.
- Perea, A. (2021). *Informe Tematico 111 Legislacion Comparada sobre el Secreto Bancario*. Lima: Departamento de Investigacion y Documentacion Parlamentaria. Obtenido de <https://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/DIDP/files/2021-rep-tematicos/rt-111-legislacion-comparada-sobre-secreto-bancario.pdf>
- SBS - UIF. (1 de dic de 2019). *I INFORME DE SENTENCIAS DE LAVADO DE ACTIVOS EN EL PERU*. Obtenido de Analisis de Sentencias Condenatorias Firmes del 2012 al 2018: bs.gob.pe/Portals/5/jer/Informe_Sentencias_LA/301020_INFORME_DE_SENTENCIAS.pdf
- Silupu, B. (03 de diciembre de 2018). *Apalancamiento financiero para MUPES*. Obtenido de Universidad de Piura: <https://www.udep.edu.pe/hoy/2018/12/apalancamiento-financiero-en-las-mypes/>.