

¿Viola el secreto bancario derechos humanos internacionalmente reconocidos?¹

Stephen B. Cohen²

El enorme impacto de las cuentas en el extranjero y el secreto bancario en los países en vías de desarrollo plantea una pregunta fundamental: ¿Los Estados que ofrecen un paraíso fiscal para los ciudadanos ricos de los países en desarrollo violan derechos humanos internacionalmente reconocidos?

En Europa, ha habido un progreso significativo hacia el fin del secreto bancario que permite la evasión de impuestos de los ciudadanos europeos a través de las cuentas de inversión en el extranjero³. Concesiones recientes realizadas por Austria, Luxemburgo y Suiza señalan el principio del fin del secreto bancario en Europa y un movimiento hacia la comunicación automática de información sobre los ingresos obtenidos por los ciudadanos europeos en cuentas situadas en otros países europeos⁴.

Sin embargo, no hay indicios de que el secreto bancario europeo terminará o de que la comunicación automática de información será aplicable a las cuentas en el extranjero de los ciudadanos de países en desarrollo fuera de Europa. Por otra parte, para el mundo en desarrollo, la brecha fiscal creada por las cuentas en el extranjero, es un problema mucho más grande que para los países ya desarrollados, o para las economías industrializadas. Sólo alrededor del 2% de

¹ Cómo citar este artículo: S.B. Cohen, ¿Viola el secreto bancario derechos humanos internacionalmente reconocidos?, Estudios Tributarios Europeos, núm. 2/2014, (www.seast.it/revista), págs. 19-25.

² Stephen B. Cohen, Prof. Georgetown Law School, 202-352-8244; sbclawprof@aol.com.

Traducción al español realizada por Fernando Fernández Marín, Profesor de Derecho Fiscal en la Universidad de Almería.

³ Andrew Higgins, *Europe Pushes to Shed Stigma of a Tax Haven*, The New York Times, May 23, 2013, página 1.

⁴ Bajo el intercambio automático de información, por ejemplo, un ciudadano alemán ya no sería capaz de proteger los ingresos de inversión de los impuestos mediante la creación de una cuenta en Suiza. La entidad financiera de la cuenta en el extranjero estaría obligado a informar a las autoridades fiscales alemanas del rendimiento obtenido por la cuenta. Leyes de secreto bancario suizo ya no permiten ocultar la renta derivada de la inversión en una cuenta en el extranjero a las autoridades fiscales alemanas.

la riqueza privada de América del Norte y del 8% de la riqueza europea se invierte en el extranjero, en comparación con más del 25% de América Latina y el 33% de Oriente Medio y de la riqueza privada de África⁵.

¿Cuál es la magnitud de la brecha fiscal creada en los países en vía de desarrollo por las cuentas en el extranjero? La información sobre los ingresos y activos en la mayoría de cuentas en el extranjero, está actualmente sujeta a leyes que requieren confidencialidad y hacen que la divulgación de dicha información sea un delito. Por lo tanto, las estimaciones de la brecha fiscal causada por cuentas en el extranjero son difíciles de realizar y pueden ser poco fiables. Según una estimación, los ingresos fiscales perdidos cada año por la evasión fiscal en el extranjero, incluyendo cuentas en el extranjero, pueden aproximarse en todo el mundo, en orden a los 120 mil millones \$ al año⁶. Las estimaciones más recientes de la Red de Justicia Fiscal sugieren que el total de la riqueza en el extranjero de los ciudadanos o residentes de los países en vías de desarrollo es dos o tres veces más de lo que previamente se pensaba y que la pérdida de ingresos fiscales puede ser consecuentemente mayor⁷.

Lo que es seguro es que esta magnitud está creciendo. De acuerdo con la principal autoridad, Prof. Itai Grinberg, *“La capacidad de hacer, mantener y administrar las inversiones a través de instituciones financieras extranjeras se ha incrementado dramáticamente en los últimos años, mientras que el costo de estos servicios se ha desplomado. Las personas ahora les resulta sustancialmente más fácil dejar de informar u obviar la información de las ganancias de inversión mediante el uso de cuentas en el extranjero, y la experiencia sugiere que este tipo de cuentas también pueden ser usados para ayudar a evadir impuestos sobre los ingresos obtenidos a nivel nacional por las*

⁵ BOS. CONSULTING GRP., GLOBAL WEALTH 2011: SHAPING A NEW TOMORROW 13 (2011) at 5, 7, 13 and n.3.

⁶ Comentarios de Jeffrey Owens, ex Director del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, Meeting of the OECD's Informal Task Force on Tax and Development (May 10-11, 2012). OECD Development Assistance Committee, *Investing in Development: A Common Cause in a Changing World*, OECD 3 (2009).

⁷ Disponible en

http://www.taxjustice.net/cms/front_content.php?client=1&lang=1&parent=91&subid=91&idcat=103&idart=114.

*empresas con pocos accionistas. En consecuencia, el capital situado en cuentas en el extranjero, y también las ganancias de las inversiones generadas a través de tales cuentas, pueden no someterse a gravamen*⁸.

Por otra parte, según el Prof. Grinberg *“En muchas de las economías [en vías de desarrollo], la mayor parte de la base imponible del Impuesto sobre la renta de las personas físicas puede estar formada por un grupo concentrado de individuos acaudalados. Las instituciones financieras nacionales suelen estar también relativamente poco desarrolladas. Es corriente para los ricos realizar inversiones a través de las cuentas en el extranjero..... Por lo tanto, la Imposición de la riqueza en el extranjero debería ser de mayor importancia en Latino América, Oriente Medio y África, que en los Estados Unidos de América y Canadá y las grandes economías europeas”*⁹.

Ningún acuerdo internacional sobre los derechos humanos menciona al secreto bancario o a la evasión fiscal. Por otra parte, ningún tratado fiscal internacional menciona a los derechos humanos. Sin embargo, el secreto bancario tiene un impacto significativo sobre los derechos humanos si los gobiernos de los países en vías de desarrollo se ven privados de los recursos necesarios para cumplir con los derechos económicos básicos garantizados por el Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales, y Culturales. El Pacto entró en vigor en 1976 y actualmente se han adherido 160 Estados. Entre los Estados que son partes del Tratado están incluso varias jurisdicciones que notoriamente aplican el secreto bancario, entre ellos Suiza y Luxemburgo (pero no de Singapur o Hong Kong).

El Pacto reconoce explícitamente los derechos de la persona a la alimentación adecuada, ropa y vivienda (artículo 11); atención de sanitaria, agua potable y saneamiento (artículo 12); y la educación (artículo 13). El Pacto también impone obligaciones a los Estados Miembros para implementar esos derechos. El artículo 2 establece:

⁸ Itai Grinberg, *The Battle Over Taxing Offshore Accounts*, 60 UCLA Law Rev. 304, 308 (2012).

⁹ *Id.*, p. 309.

“Cada Estado Parte del presente Pacto se compromete a adoptar medidas. . . , hasta el máximo de sus recursos disponibles, con miras a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el presente Pacto...”.

El Pacto reconoce las limitaciones de la capacidad del gobierno para cumplir con estas obligaciones debido a las limitaciones de los recursos disponibles, pero también impone la obligación de mejorar progresivamente, es decir, de tomar medidas para hacer realidad los derechos enumerados en el Pacto. Por lo tanto, en virtud del Pacto, los Estados tienen una obligación de "realización progresiva".

Una cuestión es si las obligaciones en virtud del Pacto se extienden extraterritorialmente. ¿Las partes tienen la obligación de mejorar progresivamente los derechos enumerados, no sólo en los territorios sobre los que tienen jurisdicción, sino también en los territorios sobre los que no lo hacen? Aunque no existe un lenguaje explícito que restrinja las obligaciones al propio territorio de un Estado, de la lectura del Pacto se tiene la sensación de que las obligaciones extraterritoriales no fueron consideradas o previstas. Al referirse genéricamente a los derechos a la alimentación, al vestido, a la asistencia sanitaria, limpieza, agua, saneamiento, vivienda y educación en los artículos 11, 12 y 13 el Pacto parece que se refiere a las obligaciones de un gobierno con respecto a los particulares que están dentro de su jurisdicción territorial. El artículo 14 se refiere específicamente a la obligación de un Estado de proporcionar educación primaria *“en su territorio metropolitano o en otros territorios bajo su jurisdicción [énfasis añadido]...”*.

Sin embargo, al menos un comité de expertos legales, convocado por la Universidad de Maastricht y la Comisión Internacional de Juristas, interpreta que el Pacto impone obligaciones extraterritoriales. En febrero de 2012, este comité propuso los llamados "Principios de Maastricht", según los cuales:

“El Estado tiene la obligación de respetar, proteger y cumplir derechos económicos ... reconocidos por el Pacto ESC en .. situaciones en las cuales la actuación u omisión del Estado provocan efectos previsibles sobre el disfrute

de los derechos económicos, sociales y culturales, ya sea dentro o fuera de su territorio”, y en “situaciones en las que el Estado ... esté en condiciones de ejercer una influencia decisiva o tomar medidas para realizar los derechos económicos, sociales y culturales extraterritorialmente, de conformidad con el derecho internacional”¹⁰.

Más en concreto, los artículos 19 y 20 de los Principios de Maastricht llaman a los Estados a *“abstenerse de toda conducta que anule o menoscabe el goce y ejercicio de los derechos económicos ... de las personas fuera de su territorio ... o que menoscabe la capacidad de otro Estado para cumplir sus ... obligaciones en materia de derechos económicos”*.

Hay dos objeciones posibles más para concluir que un Estado al proveer un paraíso fiscal para las cuentas en el extranjero viola los derechos humanos reconocidos en el Pacto. Pues, aunque el gobierno del titular de la cuenta reciba información acerca de la cuenta en el extranjero, podría carecer de la capacidad de recaudar los ingresos que se le adeuda legalmente. Incluso aunque se haya percibido el ingreso, no hay seguridad de que se va a utilizar para realizar progresivamente los derechos reconocidos por el Pacto. Por lo tanto, no hay certeza de que exista una conexión cierta entre un país que otorga el secreto a las cuentas de inversión de los contribuyentes de otro país y el consiguiente incumplimiento o fracaso del segundo país para realizar progresivamente los derechos reconocidos en el Pacto.

Existen también diversos grados de responsabilidad del Estado por las cuentas en el extranjero existentes dentro de su jurisdicción. El grado de responsabilidad puede depender de que el Estado promulgue leyes de secreto bancario que penalicen la divulgación de la información financiera a las autoridades fiscales, de no aplicar una retención en cuentas en el exterior en un porcentaje suficiente para impedir su uso para la evasión de impuestos en cuentas en el extranjero, de que ignore las solicitudes de información sobre cuentas en el extranjero realizadas por otros gobiernos que están llevando a

¹⁰ Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights.

cabo investigaciones sobre los contribuyentes, o también si impide los esfuerzos para permitir un intercambio automático de información más amplio. La responsabilidad es especialmente grande en el caso de Suiza, que gestiona el 30% de toda la riqueza de las personas en cuentas en el extranjero, tiene un régimen jurídico que ha tipificado como delito la divulgación de información financiera, y se ha negado a retener impuestos sobre los ingresos de las cuentas en el extranjero o a proporcionar información financiera sobre cuentas en el extranjero, excepto cuando están bajo una enorme presión de los gobiernos poderosos, como Alemania, el Reino Unido, y los Estados Unidos, o cuando acepta aplicar la retención con un determinado grupo de países (Estados débiles de la UE) como un mecanismo para limitar la presión para ayudar a otros, a menudo Estados más pobres (por lo menos sobre una base PIB / per cápita).

No existe ningún mecanismo internacional para hacer cumplir efectivamente el Pacto, incluso cuando se demuestre una clara violación. Las partes del Pacto están obligadas a presentar informes regulares a una Comisión de la ONU sobre la aplicación y un protocolo facultativo permite a las personas presentar denuncias de violaciones.

Al final, puede que no sea crucial para decidir definitivamente, como cuestión técnica, si el mantenimiento del secreto de cuentas en el extranjero constituye una violación de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Pues si las obligaciones del Estado en virtud del Pacto fuesen extraterritoriales, si los ingresos adeudados fueran recaudados realmente, y, si, una vez recaudados, los ingresos se usaran apropiadamente, todo ello es menos importante que el hecho de reconocer que el secreto de las cuentas en el extranjero dificultan a los países en vías de desarrollo el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del Pacto. Por tanto, parece indiscutible que las cuentas en el extranjero obstaculizan cumplimiento de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. El reconocimiento de este hecho podría acelerar el creciente esfuerzo internacional para frenar el secreto bancario sobre las cuentas en el extranjero y establecer un sistema de intercambio automático de información

multilateral del que se beneficien tanto los países en vías de desarrollo, como los países industrializados.

© Copyright Seast – Todos los derechos reservados

© Copyright Seast – Todos los derechos reservados