



Carlos A. Fonseca Sarmiento
Abogado y Master en Administración Pública
Gerente General de Gaming Law SACo
carlos@gaminglawsac.com

DERECHO A LA INTIMIDAD Y AUTORIZACIÓN EXPRESA

Para obtener una Autorización Expresa para explotar máquinas tragamonedas, debe haber cumplido inexcusablemente, entre otros requisitos, con presentar las declaraciones juradas anuales de sus impuestos a la renta de los tres últimos años e instalar dentro de su sala de juego un sistema de video que grabe y reproduzca con audio las actividades desarrolladas dentro del ambiente denominado Caja Central, de manera ininterrumpida.

La exigencia de la información tributaria se sustenta en una directiva emitida por la misma autoridad administrativa que requiere esta información. El fundamento de tal obligación es justificada en el artículo 15° de la Ley 27153, la cual establece que "La autoridad competente realiza una investigación financiera y de antecedentes del solicitante antes de emitir su resolución, destinada a verificar su idoneidad moral, solvencia económica y la autenticidad de la información solicitada. (...)". En otras palabras, la justificación del develamiento de la información tributaria es encontrada por la autoridad administrativa en la necesidad de asegurar la solvencia económica del beneficiario de una autorización expresa y en la necesidad de verificar que el interesado está en la capacidad de satisfacer sus propias deudas.

Por su lado, la incorporación de sonido al sistema de grabación de las operaciones de la Caja Central, lo cual permite escuchar sin interrupciones toda conversación desarrollada al interior de este ambiente, se sustenta en el artículo 58, numeral c) del Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo W009-2002-Mincetur, el cual dispone que: "c) Respecto de las operaciones de caja, el sistema de video deberá incluir tanto la imagen como el audio". Esta norma a su vez tendría su fundamento en el artículo 14, literal q) de la Ley 27153, según su modificación introducida por el artículo 6° de la Ley 27796, que dispone como uno de los requisitos para obtener la Autorización Expresa: "q) Información detallada respecto del sistema de audio y video, (...). Esta información debe presentar

se de acuerdo a las especificaciones que señale el reglamento". La última justificación de esta norma está en el Principio de Transparencia en la conducción de las operaciones de juego, evitando que la actividad sea empleada para propósitos ilícitos.

De lo expuesto hasta acá, parecería advertirse que ambas exigencias están provistas de un ropaje de legalidad y por lo tanto, no habría razón para generar algún tipo de cuestionamiento a su requerimiento. Sin embargo, si contrastamos tales exigencias con el derecho fundamental a la intimidad, la constitucionalidad de tales medidas resulta insuficientemente justificada.

Como lo resume acertadamente la sentencia del Tribunal Constitucional Español 231/1988, del 2 de

diciembre; el derecho a la intimidad busca defender "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana". Por otro lado, el derecho a la intimidad es reconocido también a las personas jurídicas, como en varias oportunidades lo ha establecido el Tribunal Constitucional peruano, por ejemplo, en el Exp. 1219-2003-HD/TC, el cual reconoce al secreto bancario como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, declarando que el titular siempre es el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias.

En este sentido, podemos encontrar que el derecho a la intimidad de las empresas interesadas en obtener una autorización expresa y de los trabajadores que laboran en la Caja Central está abiertamente expuesto con los requerimientos que hace la autoridad administrativa de requerir las declaraciones tributarias, en el primer caso; y la instalación de audio, en el segundo caso.

Con relación a la información tributaria, la situación es mucho más evidente pues la reserva tributaria tiene protección constitucional. En efecto, el artículo 2°, numeral 5 de la Constitución dispone que la reserva tributaria sólo puede ser levantada a pedido de un juez, del fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso; pero con dos condicio-

nes adicionales: con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado. No existe otra excepción adicional en nuestro texto constitucional. Esto, además, está confirmado con el artículo 85° del Código Tributario, según su T.U.O. aprobado por el 05. W135-99EF, el cual dispone: "Tendrá carácter de información reservada, y únicamente podrá ser utilizada por la administración tributaria, para sus fines propios, la cuantía y la fuente de las rentas, los gastos, la base imponible o, cualesquiera otros datos relativos a ellos, cuando estén contenidos en las declaraciones e informaciones que obtengan por cualquier medio de los contribuyentes, responsables o terceros, (...)".

Por su parte el derecho fundamental a la voz propia y el derecho a tener una conversación privada en su centro de trabajo, que se sustentan finalmente en la dignidad de la persona humana y en el libre desenvolvimiento de su personalidad, parecen ser valores más fuertes que la opción del audio como el mecanismo más idóneo para cumplir con la fiscalización debida de las salas de juego.

En cuanto a la protección procesal, parecería ser el Hábeas Data la garantía constitucional específica para defender la violación de la reserva tributaria, pues a ésta se menciona en el artículo 2°, numeral 5 de la Constitución y conforme al artículo 200°, numeral 3, esta garantía constitucional procede contra hechos u omisiones de cualquier autoridad o persona que

vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2°, numerales 5 y 6 de la Constitución. Sin embargo, la reserva tributaria es mencionada en el numeral 5 no a título de derecho fundamental autónomo sino como una excepción al derecho de acceso a la información pública. La reserva tributaria es parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, por ello, su protección procesal debe ser a través del proceso de Amparo. En esta misma línea de pensamiento está el novísimo Código Procesal Constitucional, pues en su artículo 61, al referirse a los derechos fundamentales que pueden ser invocados para el Hábeas Data no se incluyen ni la reserva tributaria ni el secreto bancario.

Si para obtener una autorización expresa se requiere una garantía, usualmente en la forma de póliza de caución o carta fianza, es evidente que para obtener tal instrumento económico, el interesado debe acreditar solvencia económica, por ello, esta medida cumple con el principio de razonabilidad para acreditar tal condición en el interesado en obtener autorización expresa. La información tributaria, además de inconstitucional sería innecesaria. Con relación al audio, no conocemos de ningún caso, por lo menos en los últimos 8 años, que la incorporación de tal sistema hubiera servido significativamente a la fiscalización de los juegos de azar. Los derechos fundamentales sustentan el sistema constitucional, no perdamos de vista esto.