

EXPS. N.° 0004-2004-AI/TC

N.° 0011-2004-AI/TC, N.° 0012-2004-AI/TC

N.° 0013-2004-AI/TC, N.° 0014-2004-AI/TC

N.° 0015-2004-AI/TC, N.° 0016-2004-AI/TC Y

N.° 0027-2004-AI/TC (ACUMULADOS)

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS

DEL CUSCO Y OTROS

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 21 días del mes de setiembre de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Alva Orlandini y, por sus propios fundamentos con el voto singular de la magistrada Revoredo Marsano

### **ASUNTO**

Demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Colegio de Abogados del Cusco, el Colegio de Abogados de Huaura, más de 5000 ciudadanos, el Colegio de Contadores Públicos de Loreto, el Colegio de Abogados de Ica, el Colegio de Economistas de Piura y el Colegio de Abogados de Ayacucho, a las que se han adherido el Colegio de Abogados de Huánuco y Pasco, el Colegio de Abogados de Puno, el Colegio de Abogados de Ucayali y el Colegio de Abogados de Junín, contra los artículos 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 13°, 14°, 15°, 16°, 17°, 18°, 19° y 20° del Decreto Legislativo N.° 939 —Ley de medidas para la lucha contra la evasión y la informalidad—, y, por conexión, contra su modificatoria, el Decreto Legislativo N.° 947, que regulan la denominada “bancarización” y crean el Impuesto a la Transacciones Financieras (en adelante ITF); así como contra los artículos 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 13°, 14°, 15°, 16°, 17°, 18° y 19° de la Ley N.° 28194 —Ley para la

lucha contra la evasión y para la formalización de la economía—, que subroga los referidos Decretos Legislativos.

## **DEMANDAS CONTRA LOS DECRETOS LEGISLATIVOS N.ºS 939 Y 947**

### **A) Antecedentes**

El Colegio de Abogados del Cusco, con fecha 19 de enero de 2004, interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º y 16º del Decreto Legislativo N.º 939 —Ley de medidas para la lucha contra la evasión y la informalidad—, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de diciembre de 2003, y contra el Decreto Legislativo N.º 947, que modifica el Decreto Legislativo N.º 939, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 27 de enero de 2004, por considerarlos contrarios a la Constitución Política del Estado, ya que vulneran los derechos a la libertad de contratar y de propiedad, el secreto bancario, el principio de no confiscatoriedad de los tributos, y la obligación constitucional conferida al Estado de fomentar y garantizar el ahorro.

Con fecha 5 de febrero de 2004, el Colegio de Abogados de Huaura interpone acción de inconstitucionalidad contra los mismos artículos del Decreto Legislativo N.º 939, por atentar contra los derechos mencionados en el párrafo anterior.

Más de 5 mil ciudadanos, con fecha 12 de febrero de 2004, interponen demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 939, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los ya precitados artículos, del artículo 20º, y, por conexión del Decreto Legislativo N.º 947 y el Decreto Supremo N.º 190-2003-EF, por violar, además de los derechos ya citados, la libertad de empresa, comercio e industria y el principio de no retroactividad de la ley; asimismo, porque desprotegen a los consumidores y usuarios, y porque el Poder Ejecutivo ha legislado sobre materias para las que no se le delegó facultades.

El Colegio de Contadores Públicos de Loreto, con fecha 16 de febrero de 2004, interpone acción de inconstitucionalidad contra los mencionados artículos del Decreto Legislativo N.º 939, por los mismos argumentos utilizados por el Colegio de Abogados del Cusco.

El Colegio de Abogados de Ica, con fecha 16 de febrero de 2004, interpone demanda de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos N.ºS 939 y 947, por considerar que su contenido es contrario al derecho a la libre contratación, al derecho de propiedad, al secreto bancario y al principio de promoción y fomento del ahorro.

El Colegio de Economistas de Piura, con fecha 16 de febrero de 2004, interpone acción de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos N.ºs 939 y 947, por considerarlos contrarios a la Constitución, por los mismos fundamentos expuestos por el Colegio de Abogados del Cusco.

Finalmente, el Colegio de Abogados de Ayacucho, con fecha 17 de febrero de 2004, interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 939 y las normas que tengan conexión con el mismo, por considerarlo contrario a los derechos ya mencionados y, además, a la igualdad ante la ley, ya que discrimina a los trabajadores independientes de los trabajadores dependientes.

Luego de admitirse a trámite las demandas, el Tribunal Constitucional, con fecha 18 de febrero de 2004, dispuso la acumulación de los Expedientes N.ºs 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC y 0016-2004-AI/TC, por existir conexión entre ellos, toda vez que las demandas, todas, tienen por objeto que se declare la inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos N.ºs 939 y 947.

## **B) Contestación**

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas, en representación del Poder Ejecutivo, con fecha 1 de abril de 2004, contesta la demanda y solicita que se declare la conclusión del proceso por haberse producido la sustracción de la materia, alegando que, con fecha 26 de marzo de 2004, se publicó la Ley N.º 28194, que derogó los cuestionados decretos legislativos.

## **DEMANDA CONTRA LA LEY N.º 28194**

### **A) Antecedentes**

Con fecha 23 de abril de 2004, el Colegio de Abogados del Cusco interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 19º y demás pertinentes de la Ley N.º 28194, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 de marzo de 2004, que deroga los Decretos Legislativos N.ºs 939 y 947, pues, en

su criterio, no supera los cuestionamientos de constitucionalidad realizados a los mencionados decretos. Manifiesta que dicha ley es inconstitucional porque:

- a) Afecta la libertad de contratación, ya que los artículos 3°, 4°, 5° y 6° vulneran la autonomía privada al determinar que el pago de ciertas sumas de dinero se efectúe mediante la forma que sanciona esta norma, es decir, a través de medios de pago previstos por el legislador y no por los contratantes; más aún, el artículo 8° dispone que quienes incumplan esta norma no podrán deducir gastos, costos o créditos con fines tributarios, imponiendo una sanción y ordenando una bancarización de las obligaciones dinerarias que, en su criterio, no es una limitación razonable ni justificada a la libertad de configuración interna de los contratos. Agrega que el artículo 5° obliga a las partes a concluir o celebrar un contrato con una entidad del sistema financiero para que ésta los provea del medio de pago necesario para cumplir con el pago de su obligación, lo que supone un vaciamiento del contenido de dicha libertad, dado que la única opción impuesta por la ley es la de acudir a contratar con una empresa financiera, resultando irrazonable, además, en aquellas localidades en las que no existen agencias financieras.
  
- b) Viola el secreto bancario, ya que el artículo 17° autoriza a la autoridad tributaria el acceso a la información bancaria de los ciudadanos en forma directa, cuando la Constitución sólo señala 3 supuestos en los que se puede levantar el secreto bancario.
  
- c) Contraviene el derecho a la propiedad, puesto que se aplica a las operaciones de abono y débito tantas veces como el dinero pase por el sistema financiero; además, se aplica sobre el dinero de las personas sin tener en cuenta si el mismo es de su propiedad, si forma parte de sus ingresos, de su renta o si está destinado a su consumo. Asimismo, porque empobrece a los ciudadanos y a las empresas, ya que los obliga a pagar por la circulación de su capital de trabajo y por sus operaciones, y no por su riqueza, la que ya está gravada por otros tributos.
  
- d) Afecta el principio tributario de no confiscatoriedad de los tributos, pues el ITF afecta directamente el capital empresarial y se aplica sobre el activo circulante de las empresas, sin evaluar la real capacidad económica del contribuyente. Además, porque sobre los mismos ingresos que gravan otros impuestos se aplica el ITF, por lo que se genera una doble imposición.
  
- e) Desvirtúa la obligación constitucional del Estado de proteger el ahorro, por cuanto su efecto inmediato será desincentivar el ahorro y fomentar el retiro de fondos de las instituciones financieras, especialmente el ahorro efectuado por el pequeño ahorrista.

Con fecha 14 de mayo de 2004, el Tribunal Constitucional dispuso la acumulación del Expediente N.º 0027-2004-AI/TC con los Expedientes N.º 0004-2004-AI/TC y otros, por existir conexión entre ellos.

## **B) Contestación**

El Congreso de la República, con fecha 15 de junio de 2004, contesta la demanda en los siguientes términos:

- a) Respecto de la supuesta vulneración del derecho a la libertad de contratar, sostiene que la forma en que debe realizarse el pago de una obligación en dinero no tiene nada que ver con la decisión de celebrar un contrato o con quién hacerlo, ni puede considerarse como un componente esencial del contenido del contrato. Además, afirma que lo dispuesto por el artículo 4º ni siquiera es compulsivo, a menos que se persiga que la operación surta efectos tributarios, y que, según el inciso c) del artículo 6º de la misma ley, las transacciones que se realicen en distritos donde no exista agencia o sucursal de una empresa financiera, están exceptuadas de usar los medios de pago previstos. Señala que el problema se presentaría si en el contrato existiese una estipulación expresa del pago de dinero en efectivo y las partes desearan seguir haciéndolo así, pretendiendo que la operación surta efectos tributarios. Expresa que el artículo 62º de la Constitución opera siempre que no se trate de normas ulteriores de orden público, y que las disposiciones de índole tributaria, como la cuestionada, tienen carácter imperativo y son de orden público.
  
- b) En cuanto a la eventual violación del secreto bancario, refiere que dicho derecho se circunscribe sólo a la confidencialidad de la información sobre las operaciones pasivas. Por otro lado, afirma que la reserva de la información que ofrecen las entidades financieras, obedece a la práctica comercial o a razones de índole contractual, lo que no significa que dichos datos se encuentren bajo la protección constitucional del secreto bancario. En consecuencia, sostiene que en tanto el contenido de la información que las empresas del sistema financiero pongan en conocimiento de la Administración Tributaria [por la declaración y el pago del ITF] no esté referido a las operaciones pasivas, ello no supondrá vulneración del derecho al secreto bancario, ni modificación a la legislación vigente.

Agrega que el monto total de las operaciones gravadas por el ITF incluye a las operaciones activas y pasivas; pero que, no obstante, cuando se informe sobre el monto total de dichas operaciones, resultará imposible discriminar lo que corresponde a cada tipo de operación, o determinar el detalle del monto de cada operación pasiva, así como informar sobre el

monto depositado antes de la declaración, ni del existente después de ella, de lo que se concluye que no se revela información sobre dicho concepto.

Respecto de las declaraciones de las operaciones exoneradas, manifiesta que el monto a declararse se expresará en términos globales, sin hacer distingo entre las operaciones activas y pasivas, ni sobre el monto depositado en cada una de ellas, por lo que tampoco se verifica afectación del secreto bancario. Indica que la información proporcionada a la SUNAT se mantendrá en reserva, pues sólo se utilizará para fines tributarios.

- c) Sobre la supuesta violación del derecho de propiedad, afirma que si bien el ITF es aplicable a las operaciones de entrada y salida de dinero del sistema financiero, de ello no se puede deducir que se afecta dicho derecho constitucional. En cuanto a que grava el mismo dinero que ingresa una y otra vez a las cuentas bancarias, refiere que el inciso a) el artículo 9° de la ley, señala que no se encuentran gravadas las operaciones entre cuentas de un mismo titular mantenidas en una o en diversas entidades del sistema financiero; y, tratándose de transacciones entre cuentas de diferentes titulares, tampoco se afecta el derecho de propiedad, ya que se grava el patrimonio de distintas personas. Por otro lado, aduce que resulta irrelevante que el impuesto grave aspectos distintos a la renta, al patrimonio, al consumo, a la transferencia de bienes o al pago de servicios, puesto que ello constituye el ejercicio de la potestad tributaria, más aún cuando el ITF no tiene efectos confiscatorios.
- d) Acerca de la supuesta afectación del principio de no confiscatoriedad, indica que el ITF no es un impuesto que grava la renta, por lo que el argumento de que grava de manera directa el capital empresarial, no es pertinente. Asimismo, añade que la utilización obligatoria de los medios de pago en el sistema financiero para ciertas operaciones y el ITF no generan efectos confiscatorios, dado que la alícuota es del 0.10% de la transacción, monto que decrecerá progresivamente, concluyéndose que no extrae una parte importante de la propiedad particular, pues la tasa es razonable y proporcionada.
- e) Respecto de la eventual vulneración del fomento y la garantía del ahorro, refiere que el contenido esencial de la protección al ahorro consagrada en la Constitución, radica en la seguridad que se busca transmitir a los potenciales ahorristas sobre la seguridad de los fondos que confían a las empresas del sistema bancario y financiero, lo que no tiene nada que ver con las disposiciones establecidas en la ley cuestionada.

## **FUNDAMENTOS**

1. Mediante auto de fecha 18 de febrero de 2004, se acumularon los procesos de inconstitucionalidad promovidos contra diversas disposiciones del Decreto Legislativo N.º 939, modificado por el Decreto Legislativo N.º 947, con el proceso de inconstitucionalidad iniciado contra diversos artículos de la Ley N.º 28194, que derogó los referidos decretos legislativos. En consecuencia, la primera cuestión que debe resolverse es la relacionada a los alcances de este pronunciamiento, respecto de los decretos legislativos derogados.

#### **§1. Vigencia, derogación, validez e inconstitucionalidad de las normas**

2. La cuestión, a juicio del Tribunal, debe examinarse efectuando una distinción entre las categorías de vigencia, derogación, validez e inconstitucionalidad de las normas jurídicas.

Una norma se encuentra vigente desde el día siguiente al de su publicación, salvo disposición contraria de la misma norma que postergue su vigencia en todo o en parte (artículo 109º de la Constitución), y pierde vigencia con su derogación; empero, cabe señalar que las normas derogadas, de conformidad con la dogmática jurídica relativa a la aplicación de la ley en el tiempo, puede tener efectos ultractivos.

La validez en materia de justicia constitucional, en cambio, es una categoría relacionada con el principio de jerarquía normativa, conforme al cual la norma inferior (v.g. una norma con rango de ley) será válida sólo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma superior (v.g. la Constitución). Constatada la invalidez de la ley, por su incompatibilidad con la Carta Fundamental, corresponderá declarar su inconstitucionalidad, cesando sus efectos a partir del día siguiente al de la publicación de la sentencia de este Tribunal que así lo declarase (artículo 204º de la Constitución), quedando impedida su aplicación a los hechos iniciados mientras tuvo efecto, siempre que estos no hubiesen concluido, y, en su caso, podrá permitirse la revisión de procesos fenecidos en los que fue aplicada la norma, si es que ésta versaba sobre materia penal o tributaria (artículos 36º y 40º de la Ley N.º 26435 —Orgánica del Tribunal Constitucional).

En suma, la declaración de inconstitucionalidad, a diferencia de la derogación, anula por completo la capacidad regulativa de las normas declaradas inconstitucionales.

De ello se concluye que no toda norma vigente es una norma válida, y que no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria.

3. Los Decretos Legislativos N.ºs 939 y 947 sólo tuvieron vigencia y surtieron efectos jurídicos por 26 días, del 1 al 26 de marzo de 2004, pues a partir del 27 de marzo fueron derogados y sustituidos por las nuevas reglas previstas en la Ley N.º 28194. Dado que dichos Decretos Legislativos versaban, en parte, sobre materia tributaria, los efectos que cumplieron en el pasado podrían ser afectados por una eventual sentencia estimatoria dictada por este Colegiado. Sin embargo, considerando que algunas de las modificaciones introducidas por la Ley N.º 28194 permiten la devolución a los trabajadores y pensionistas del monto del ITF cuyo débito sea indebido [Quinta y Sexta Disposiciones Finales de la misma Ley N.º 28194], el Tribunal considera pertinente circunscribir su fundamentación a la Ley N.º 28194.

## **§2. Supuesto antitecnicismo de la Ley N.º 28194**

4. Los demandantes consideran que la Ley N.º 28194 se sustenta en una formulación antitécnica. Cabe precisar que tal alegación no puede merecer atención en un proceso de control de constitucionalidad el “antitecnicismo” de las leyes, o, acaso, su “ineficiencia”, sino tan solo su compatibilidad formal y material con la Carta Fundamental.

En este sentido, la ley cuestionada, para los efectos de control debe ser confrontada, especialmente, con el artículo 74º de la Constitución Política del Perú que en la parte pertinente señala que “Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. (...) El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio. (...) No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo”, y el artículo 44º de



la misma Carta Fundamental que establece como deberes primordiales del Estado: “defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”

### **§3. “Bancarización”, ITF y libertad contractual**

5. Los demandantes argumentan que la norma impugnada afecta el derecho a la libertad de contratar, ya que sus artículos 3°, 4°, 5° y 6° vulneran la autonomía privada porque ordenan que el pago de ciertas sumas de dinero se efectúe mediante la forma que sanciona esta norma, es decir, “a través de medios de pago previstos por el legislador y no por los contratantes”. Asimismo, aducen que el artículo 5° obliga a las partes a concluir o celebrar un contrato con una entidad del sistema financiero para que esta los provea del medio de pago necesario para cumplir con el pago de su obligación, lo que supone un vaciamiento del contenido de dicha libertad, dado que la única opción impuesta por la ley es la de acudir a contratar con una empresa financiera.
  
6. Sobre este extremo de la demanda, el Congreso ha argumentado que tanto el inciso 14 del artículo 2º como el artículo 62º de la Constitución, han establecido un marco de actuación de la libertad contractual, sometiendo dicha libertad a las “leyes de orden público” y a “las normas vigentes al tiempo del contrato”.
  
7. Al respecto, la exigencia de utilizar un determinado medio de pago para cumplir las obligaciones que surjan como consecuencia de la celebración de un contrato, bajo la amenaza de perder el derecho a deducir gastos, costos o créditos, a efectuar compensaciones, a solicitar devoluciones de tributos, saldos a favor, reintegros tributarios, recuperación anticipada y restitución de derechos arancelarios, constituye una evidente limitación del derecho fundamental a la libertad de contratación. Sin embargo, conforme al criterio uniforme de este Colegiado, ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podrá restringirse: a) cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, b) cuando la limitación del elemento “no esencial” del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad).

8. El derecho a la libre contratación establecido en el inciso 14 del artículo 2º de la Constitución, ha sido enunciado por este Tribunal como: “(...) el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo —fruto de la concertación de voluntades— debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

Tal derecho garantiza, *prima facie*:

- Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co celebrante.
- Autodeterminación para decidir, de común acuerdo [entiéndase: por común consentimiento], la materia objeto de regulación contractual (...)” (STC 0008-2003-AI/TC, FJ. 26)

Estos elementos constituirían en abstracto el contenido mínimo o esencial de la libertad contractual. Desde esta perspectiva, no formaría parte de dicho contenido el medio de pago a través del cual la obligación contenida en el contrato deba cumplirse, de modo que tocará ahora determinar si tal limitación resulta justificada para alcanzar un fin constitucionalmente relevante.

9. El objetivo de la denominada “bancarización” es formalizar las operaciones económicas con participación de las empresas del sistema financiero para mejorar los sistemas de fiscalización y detección del fraude tributario. A tal propósito coadyuva la imposición del ITF, al que, a su vez, como todo tributo, le es implícito el propósito de contribuir con los gastos públicos, como una manifestación del principio de solidaridad que se encuentra consagrado implícitamente en la cláusula que reconoce al Estado peruano como un Estado Social de Derecho (artículo 43º 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 44º de la Constitución), mediante la contribución equitativa al gasto social.
10. De otra parte, resulta claro que la informalidad de las transacciones patrimoniales es un factor determinante que facilita la evasión tributaria, motivo por el cual el establecimiento de medidas orientadas a incentivar la utilización de las empresas del

sistema financiero para la ejecución de tales transacciones, resulta una medida idónea para la detección de cualquier fraude tributario.

11. Asimismo, debe enfatizarse la existencia de diversos factores que permiten sostener que el legislador no ha pretendido menoscabar más allá de lo necesario el derecho fundamental a la libertad contractual. Entre dichos factores se encuentran: a) el establecimiento de un monto mínimo a partir del cual se deberán utilizar los referidos medios de pago (S/. 5,000 o US\$ 1,500); b) una amplia gama de medios de pago susceptibles de ser utilizados dentro del sistema financiero (artículo 5° de la Ley N.° 28194); y, c) supuestos específicos de exoneración de la exigencia en la utilización de los medios de pago, entre los que se encuentran diversas entidades y, en determinados casos, las personas naturales, existiendo incluso la posibilidad de que un notario o juez de paz sea quien de fe del pago, entrega o devolución del mutuo de dinero, en el caso de las transferencias que se realicen en distritos en los que no existe agencia o sucursal de una empresa del sistema financiero (artículo 6° de la ley impugnada).
12. En consecuencia, si bien este Colegiado constata que existe una limitación del derecho fundamental a la libertad contractual, tal restricción no afecta el contenido esencial del derecho y se encuentra acorde con el principio de proporcionalidad, de modo que este extremo de la demanda debe ser desestimado.

#### **§4. Excepciones al uso de los medios de pago bancarios en las localidades donde no existan entidades del sistema financiero**

13. Los recurrentes sostienen que los requisitos previstos en el artículo 6° de la ley cuestionada para que las obligaciones de pago que se cumplan en un distrito en el que no existe agencia o sucursal de una empresa del sistema financiero queden exceptuadas del uso de los medios de pago previstos en el artículo 5° de la misma norma, resultan irrazonables, en tanto se exige que, para efectos de que opere la excepción, se presenten concurrentemente.
14. La parte pertinente del referido artículo 6°, establece lo siguiente: “(...). También quedan exceptuadas las obligaciones de pago, incluyendo el pago de remuneraciones, o la entrega o devolución de mutuos de dinero que se cumplan en un distrito en el que no existe agencia o sucursal de una empresa del Sistema Financiero, siempre que concurren las siguientes condiciones:

a) Quien reciba el dinero tenga domicilio fiscal en dicho distrito. Tratándose de personas naturales no obligadas a fijar domicilio fiscal, se tendrá en consideración el lugar de su residencia habitual.

b) En el distrito señalado en el inciso a) se ubique el bien transferido, se preste el servicio o se entregue o devuelva el mutuo de dinero.

c) El pago, entrega o devolución del mutuo de dinero se realice en presencia de un Notario o Juez de Paz que haga sus veces, quien dará fe del acto. Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas se podrá establecer a otras entidades o personas que puedan actuar como fedatarios, así como regular la forma, plazos y otros aspectos que permitan cumplir con lo dispuesto en este inciso.”

15. En criterio de este Colegiado, la exigencia de que se presenten conjuntamente los aludidos requisitos para que las obligaciones de pago que se cumplan en un distrito en el que no existe agencia o sucursal de una empresa del sistema financiero queden exceptuadas de usar los medios de pago previstos en el artículo 5° de la Ley N.° 28194, resulta plenamente justificada, pues cada uno de ellos cumple, al lado de los otros, una función indispensable en el objetivo de evitar que los particulares —que pretendan evadir el pago del tributo—, puedan encontrar los medios idóneos para quedar exceptuados de acudir a las entidades del sistema financiero para cumplir sus obligaciones contractuales.

En efecto, por un lado, resulta plenamente legítima la exigencia de que quien reciba el dinero tenga domicilio fiscal o residencia habitual en el distrito carente de entidad financiera; y es que si no se exige que cuando menos una de las partes del contrato domicilie en dicho distrito, queda abierta la posibilidad de incurrir en fraude a la ley, acudiendo a realizar la transferencia del bien, prestación de servicio o dación de dinero a un distrito que no cuente con una agencia o sucursal de una empresa del sistema financiero, con el único objeto de eludir la fiscalización por parte de la administración pública.

De otra parte, resulta razonable también el requisito según el cual en el distrito carente de entidad financiera se ubique el bien transferido, se preste el servicio o se entregue o devuelva el mutuo de dinero, puesto que, en caso contrario, la administración, con justificado motivo, impondría que la transferencia se realice en el distrito en el que se encuentra el bien o se realiza el servicio que es objeto del contrato y que cuanta con una entidad financiera a través de la cual puede realizarse la operación.

Finalmente, el Tribunal Constitucional comparte el criterio del apoderado del Congreso de la República, conforme al cual el Notario o el Juez de Paz Letrado son los funcionarios o autoridades descentralizadas idóneas para revestir de las garantías de legalidad y formalidad suficientes a las operaciones contractuales realizadas por personas que, por domiciliar en localidades que no cuentan con agencias financieras, quedan exentas de la obligación de acudir a ellas.

16. Así pues, la ausencia de cualquiera de los referidos requisitos, permitiría que los actos tendientes a la evasión tributaria desvirtúen el objeto mismo de la norma, es decir, incentivar la utilización de las empresas del sistema financiero formalizando la ejecución de las transacciones patrimoniales.

Por estos motivos, en Tribunal Constitucional desestima este extremo de la demanda.

#### **§5. ITF y principio de no confiscatoriedad de los tributos**

17. Los demandantes sostienen que el ITF vulnera el principio de no confiscatoriedad de los tributos, pues es un impuesto que se ha emitido "(...) sin evaluar, siquiera indiciariamente, la real capacidad económica del contribuyente (...)". Alegan que si bien es posible que "(...)en determinados, y, seguramente, numerosos casos, el tributo no tenga una incidencia real sobre el patrimonio de determinadas personas, sea porque estas cuentan con ingresos importantes que les permiten obtener tasas de interés preferenciales que absorben el impacto del impuesto o sea porque el número de operaciones que realicen es limitado (...)", el problema se presenta en aquellos "(...) casos de personas cuyos ahorros sean pequeños y que por tanto sólo acceden a las tasas más bajas del sistema, o de las personas que efectúan muchas operaciones de transferencias y depósitos con su mismo capital de trabajo (...)", en los que "(...) el efecto confiscatorio del tributo es objetivamente cierto, grave y genera todas las distorsiones enumeradas en las consideraciones precedentes (...)".
18. El principio de no confiscatoriedad informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal, garantizando que la ley tributaria no pueda afectar irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas.

Este principio tiene también una faceta institucional, toda vez que asegura que ciertas instituciones que conforman nuestra Constitución económica (pluralismo económico, propiedad, empresa, ahorro, entre otras), no resulten suprimidas o vaciadas de contenido cuando el Estado ejercite su potestad tributaria.

19. Al respecto, es preciso tener en cuenta lo sostenido por el Tribunal Constitucional en su STC N.º 2727-2002-AA/TC, donde se estableció que:

“(…) el principio precitado es un parámetro de observancia que la Constitución impone a los órganos que ejercen la potestad tributaria al momento de fijar la base imponible y la tasa del impuesto. Éste supone la necesidad de que, al momento de establecerse o crearse un impuesto, con su correspondiente tasa, el órgano con capacidad para ejercer dicha potestad respete exigencias mínimas derivadas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Como tal, tiene la estructura propia de lo que se denomina un ‘concepto jurídico indeterminado’. Es decir, su contenido constitucionalmente protegido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino analizado y observado en cada caso, teniendo en consideración la clase de tributo y las circunstancias concretas de quienes estén obligados a sufragarlo. No obstante, teniendo en cuenta las funciones que cumple en nuestro Estado Democrático de Derecho, es posible afirmar, con carácter general, que se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y, además, ha considerado a ésta como institución, como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica (...)” (FJ. 5).

20. Por ello, es preciso distinguir la eventual inconstitucionalidad de un tributo en atención a su incidencia concreta respecto a las circunstancias particulares en las que se encuentre cada uno de los obligados a sufragarlo, y la inconstitucionalidad en la que pueda incurrir la ley que lo regula, la cual sólo podría ser determinada, en sentido abstracto,

analizando los elementos constitutivos del tributo, y particularmente la materia imponible y la alícuota, cuyos contenidos o dimensiones podrían ser muestras evidentes de un *exceso de poder tributario*.

21. En cuanto a la materia imponible, este Colegiado deja asentado el amplio margen de acción en el que se desenvuelve el legislador al momento de determinarla (FF. JJ. 25 a 26, *infra*), pudiendo ser ésta un bien, un producto, un servicio, una renta o un capital, y aunque en el presente caso, tratándose de las transferencias financieras enumeradas en el artículo 9° de la Ley N.° 28194, el hecho generador puede repetirse de manera constante, el monto ínfimo de la alícuota aplicable (0.10 %) desvirtúa la posibilidad de atribuir, en abstracto, un carácter confiscatorio al tributo regulado por el Capítulo III de la ley impugnada; máxime si se tiene que tal valor numérico porcentual se reducirá a 0.08% a partir del 1 de enero de 2005, y a 0.06% desde el 1 de enero de 2006, y de que perderá todo efecto a partir del 1 de enero de 2007.

22. Por tal virtud, el Tribunal Constitucional desestima el alegato planteado en la demanda, según el cual las disposiciones de la ley que regulan el ITF afectan el principio de no confiscatoriedad.

23. No obstante, en atención a lo expuesto en los FF.JJ. 19 y 20, *supra*, este Colegiado debe precisar que respecto de la alegada afectación del principio de no confiscatoriedad de los tributos, si bien se encuentra en capacidad de confirmar la constitucionalidad de la ley impugnada desde un punto de vista abstracto (único que cabe en un proceso de inconstitucionalidad), no puede descartar la posibilidad de que tal inconstitucionalidad sea verificable en el análisis de determinados casos concretos, motivo por el cual los jueces ordinarios se encuentran en la plena facultad de inaplicar el ITF en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, cuando sea reconocible el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados.

#### **§6. Impuesto a las transacciones financieras (ITF) y derecho de propiedad**

24. Los demandantes alegan que el impuesto creado por la Ley N.º 28194 viola el derecho de propiedad. Amparan su argumento en anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional, donde se sostuvo que en materia de impuesto a la renta, el legislador, al establecer el hecho imponible, está obligado a respetar y garantizar la intangibilidad del capital. Refieren que si bien estos pronunciamientos fueron emitidos en torno al impuesto a la renta, también tendrían validez frente a otras formas de imposición y, en particular, frente al impuesto cuestionado, pues éste “se aplica a las operaciones de abono y débito (...) tantas veces como el dinero pase por el sistema financiero, sin tener en cuenta que se puede tratar (en el caso del mismo contribuyente) del mismo dinero que ingresa una y otra vez”; porque “se aplica sobre el dinero de las personas sin tener en cuenta si el mismo es de su propiedad, forma parte de sus ingresos, es parte de su renta o se destina a su consumo”; y porque empobrecerá “a los ciudadanos y las empresas, ya que ellas van a



pagar por la circulación de su capital de trabajo y por sus operaciones, y no por su riqueza”.

25. En un Estado social y democrático de Derecho, el diseño de la política tributaria es un ámbito reservado al legislador, en el que goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática.
  
26. Este margen de libertad debe someterse, por tanto, a un enjuiciamiento jurídico constitucional, en el que no cabrá calificar políticamente las acciones que el legislador pudiese adoptar. Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha sostenido, en criterio compartido por este Colegiado, que: « (...) en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas» [STC N.º 11/1981, FJ. 7].
  
27. En criterio concordante, este Tribunal Constitucional ha sostenido que: “ (...) la Constitución no ha constitucionalizado (o, a su turno, prohibido) ningún impuesto. Tampoco ha determinado qué tipo de actividades económicas puedan ser, o no, objeto de regulaciones fiscales” [STC N.º 2727-2002-AA/TC, FJ. 6]
  
28. En tal sentido, es erróneo el argumento de los demandantes según el cual el hecho de que el ITF grave el capital, es, por sí solo, un factor que determina su inconstitucionalidad.

Cuando en la STC N.º 0646-1996-AA/TC, entre otras, este Tribunal sostuvo que el Impuesto Mínimo a la Renta vulneraba el principio de no confiscatoriedad de los tributos, era porque:

“(…) *en materia de impuesto a la renta*, el legislador se encuentra obligado a establecer el hecho imponible, a respetar y garantizar la conservación de la intangibilidad del capital, lo que no ocurre si el impuesto absorbe una parte sustancial de la renta, de la que potencialmente hubiere devengado de una explotación racional de la fuente productora del rédito, o si se afecta la fuente productora de la renta, en cualquier *quantum*(...)”.

Tal afirmación —a diferencia de lo que los demandantes sostienen—, no indicaba que se violaba el principio de no confiscatoriedad de los tributos por el solo hecho de que el impuesto recayera sobre el patrimonio. La inconstitucionalidad radicaba en que, en el seno de una ley destinada a gravar la renta, los beneficios o las ganancias [como el Decreto Legislativo N.º 774], se haya terminado gravando la fuente productora de esa renta, es decir, el capital. Era la incongruencia o inadecuación entre un medio [la utilización de un gravamen al capital] y la naturaleza del impuesto a la renta [que sólo puede gravar el beneficio de una fuente productora], lo que en dicha ejecutoria se consideró inconstitucional.

Como se expuso en la precitada sentencia:

“(…) según se desprende de los artículos 109º y 110º del Decreto Legislativo N.º 774, el establecimiento del impuesto mínimo a la renta, por medio del cual se grava a la accionante con un tributo del orden del dos por ciento del valor de sus activos netos, como consecuencia de no encontrarse afecto al pago del impuesto a la renta, supone una desnaturalización desproporcionada del propio impuesto a la renta que dicha norma con rango de ley establece, ya que pretende gravar no el beneficio, la ganancia o la renta obtenida por la accionante como consecuencia del ejercicio de una actividad económica, conforme se prevé en el artículo 1º, donde se diseña el ámbito de aplicación del tributo, sino el capital o sus activos netos (…)”.

29. Por consiguiente, lo relevante, en este caso, desde un punto de vista constitucional, no será esclarecer si el ITF grava el patrimonio o el capital, pues de hecho lo hace y a ello está destinado (cuando menos, en determinados casos), sino determinar si, no obstante incidir sobre la propiedad, tal afectación es ilegítima por vulnerar el principio de no confiscatoriedad de los tributos, consagrado en el artículo 74º de la Constitución. Y es que, tal como lo ha sostenido el Tribunal Federal alemán, en posición que este Colegiado hace suya: “ (...) el derecho fundamental de propiedad sólo despliega su vigor frente a los impuestos, en el caso de que estos tengan un efecto estrangulador (*erdrosselnde Wirkung*)” [Cfr. BVerfGE 93, 121 (53 y ss)].

## **§7. ITF y el secreto bancario**

30. De otro lado, los demandantes alegan que el artículo 17° de la Ley N.° 28194 lesiona el secreto bancario, puesto que el ITF “(...) plantea la necesidad injustificada, indebida e inconstitucional (...)” de acceder a la información bancaria de los ciudadanos en supuestos distintos a los contemplados en el inciso 5 del artículo 2° de la Carta Fundamental, siendo las empresas del sistema financiero las encargadas de efectuar la declaración del pago del impuesto por cuenta de los contribuyentes, situación que se agrava —según sostienen los demandantes— cuando el propio artículo 17° establece que esta información se proporcionará también respecto de determinadas operaciones exoneradas del impuesto, lo que pondría de manifiesto “(...) que el verdadero interés del Estado no es conocer la base imponible del tributo, sino acceder, indebidamente, a la información financiera de los ciudadanos (...)”.
31. Al respecto, el Congreso sostiene que el secreto bancario protege sólo las “operaciones pasivas” de los clientes de los bancos o entidades financieras, es decir, fundamentalmente, depósitos de ahorro, a plazo, a la vista, innominados y certificados de depósito. La extensión del secreto bancario a otros espacios más allá de las “operaciones pasivas” de los clientes —según afirma el representante del Congreso— obedecería, en todo caso, a la práctica comercial o a razones de índole contractual, puesto que no se encontrarían bajo la protección del secreto bancario.
32. El artículo 17° de la Ley N.° 28194 puede ser interpretado, cuando menos, en dos sentidos distintos, a criterio de este Colegiado. De un lado, como una disposición que autoriza el levantamiento del secreto bancario, quebrando el núcleo duro del derecho a la intimidad personal de la que es manifestación concreta, y de otro, como una restricción de dicho secreto prolongándolo hacia la Administración Tributaria, cuyo uso sólo podrá tener finalidades institucionales de control de la tributación y de fiscalización conforme a las normas vigentes sobre la materia.

Sólo la primera de las interpretaciones resulta incompatible con la Carta Fundamental. Empero, respecto de la segunda, es necesario efectuar un juicio de proporcionalidad, a efectos de determinar su legitimidad o ilegitimidad. Y es que nos encontramos ante un conflicto entre el derecho al secreto bancario y los fines 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.

33. La Constitución, en el inciso 5 de su artículo 2°, establece que el levantamiento del secreto bancario procede a pedido del juez, del Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso, con arreglo a ley y con la finalidad de investigar un delito o indicio de delito; sin embargo, no ha delimitado de manera explícita el contenido de la institución, por lo que corresponde ahora analizarlo para lograr su cabal elucidación.

34. El derecho fundamental a la intimidad, como manifestación del derecho a la vida privada sin interferencias ilegítimas, tiene su concreción de carácter económico en el secreto bancario y la reserva tributaria. Así lo ha sostenido este Colegiado en el Exp. N.º 1219-2003-HD/TC, al considerar 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”. (FJ. 9).

35. Así pues, mediante el secreto bancario y la reserva tributaria, se busca preservar un aspecto de la vida privada de los ciudadanos, en sociedades donde las cifras pueden configurar, de algún modo, una especie de “biografía económica” del individuo, perfilándolo y poniendo en riesgo no sólo su derecho a la intimidad en sí mismo configurado, sino también otros bienes de igual trascendencia, como su seguridad o su integridad.
36. Empero, el derecho a la intimidad no importa, *per se*, un derecho a mantener en el fuero íntimo toda información que atañe a la vida privada, pues sabido es que existen determinados aspectos referidos a la intimidad personal que pueden mantenerse en archivos de datos, por razones de orden público (vg. historias clínicas). De allí la necesidad de que la propia Carta Fundamental establezca que el acceso a dichas bases de datos constituyan una excepción al derecho fundamental a la información, previsto en el primer párrafo del inciso 5 del artículo 2º de la Constitución.

A su vez, debe tenerse presente que respecto al derecho fundamental a la intimidad, también cabe la distinción entre aquella esfera protegida que no soporta limitación de ningún orden (contenido esencial del derecho), de aquella otra que permite restricciones o limitaciones, en tanto éstas sean respetuosas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad (contenido “no esencial”).

37. En criterio de este Colegiado existen, cuando menos, tres motivos que permiten sostener que el secreto bancario, en tanto se refiere al ámbito de privacidad económica del individuo, no forma parte del contenido esencial

del derecho a la intimidad personal: a) la referencia al contenido esencial del derecho a la intimidad personal, reconocido por el artículo 2°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; c) el propio constituyente, al regular el derecho al secreto bancario en un apartado específico de la Constitución (segundo párrafo del artículo 2°5), ha reconocido expresamente la posibilidad de limitar el derecho.

38. Así pues, determinadas manifestaciones del derecho a la intimidad no importan conservar en conocimiento privativo del titular la información a ella relativa, sino tan sólo la subsistencia de un ámbito objetivo de reserva que, sirviendo aun a los fines de la intimidad en tanto derecho subjetivo constitucional, permitan mantener esa información reservada en la entidad estatal que corresponda, a fin de que sea útil a valores supremos en el orden constitucional, dentro de márgenes de razonabilidad y proporcionalidad.
39. 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.
40. Dichos fines son los que pretenden ser alcanzados por los numerales 1, 2 y primer párrafo del numeral 3 del artículo 17° de la norma cuestionada, en tanto permiten que, como consecuencia de la imposición del ITF, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), competente en la materia, tenga acceso a determinada información garantizada por el secreto bancario, con el propósito de que, manteniendo la información en reserva, se aboque a la fiscalización y detección del fraude tributario.
41. Por lo demás, y siempre respecto de los aludidos preceptos del artículo 17° de la norma impugnada (numerales 1, 2 y primer párrafo del numeral 3), tratándose del acceso a una información directamente relacionada con actividades gravadas por el ITF, cuyo tiempo de vigencia es considerablemente limitado (hasta el 31 de diciembre de 2006, de acuerdo a lo previsto por el artículo 23°3 de la Ley N.° 28194), la restricción del secreto bancario que el

acceso a dicha información implica, resulta, como consecuencia inmediata, también temporalmente limitada, con lo que la institución no resulta restringida más allá de lo razonablemente necesario.

42. Distinto es el caso del último párrafo del artículo 17° de la Ley N.° 28194, el cual obliga a que las instituciones financieras también proporcionen información “(...) respecto de las operaciones exoneradas [del impuesto]”.

Esta atribución que otorga la norma impugnada a la Administración Tributaria, es lo que motiva a que a la parte demandante sostenga que: “(...)el verdadero interés del Estado no es conocer la base imponible del Tributo, sino acceder, indebidamente, a la información financiera de los ciudadanos, en contra de lo establecido en la Constitución sobre esta materia (...)”.

43. Por ello, para este Tribunal el último párrafo del artículo 17° de la Ley N.° 28194 es incompatible con el principio de razonabilidad, puesto que, al franquear a la SUNAT el conocimiento de operaciones en el sistema financiero exoneradas del ITF, sin que medie una decisión judicial, del Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso, se quiebra el nexo lógico que auspiciaba la intervención de la entidad competente en materia tributaria; esto es, la existencia de una operación gravada.

De otra parte, y fundamentalmente, este Colegiado considera que al quebrantarse el nexo relacional entre la aplicación de un impuesto temporal (el ITF) y el traslado de información a la SUNAT a que tal aplicación da lugar, el último párrafo del artículo 17° de la Ley N.° 28194 afecta el subprincipio de necesidad correspondiente a todo test de proporcionalidad, por cuanto ello implicaría que la posibilidad de que la SUNAT administre información protegida por el secreto bancario se extienda *sine die*.

En atención a lo expuesto, este Colegiado considera inconstitucional el último párrafo del artículo 17° de la Ley N.° 28194, por afectar los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

44. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que, conforme al artículo 62° del Código Tributario, la SUNAT mantiene incólume la facultad de solicitar información a las empresas del

sistema financiero sobre las operaciones pasivas de sus clientes, incluso exoneradas de impuestos, en la medida en que exista un requerimiento judicial de por medio.

## **§8. ITF y promoción del ahorro**

45. Los demandantes consideran que el ITF creado por la Ley N.º 28194 viola el artículo 87º de la Constitución, “por cuanto el efecto inmediato del ITF (...) es desincentivar el ahorro y fomentar el retiro de fondos de las instituciones financieras, especialmente de aquellos depósitos de montos menores que, por el poco interés que generan, no podrán compensar los efectos del referido impuesto”.

46. Por su parte, el Congreso de la República alega que el mandato del artículo 87º de la Constitución, según el cual “el Estado fomenta y garantiza el ahorro”, ha sido desarrollado por los artículos 132º y 134º de la Ley N.º 26702 —Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros—, y que, a partir de lo allí dispuesto, es posible “identificar el contenido esencial del derecho del ahorrista que protege y garantiza la Constitución”, el cual se traduce “en la adopción de una serie de medidas de supervisión y control de las entidades financieras que reciben ahorros”, esto es, en “la seguridad que se busca transmitir a los potenciales ahorristas sobre la seguridad de los fondos que confían a las empresas del sistema bancario y financiero”.

Añade que “(...) mientras sus recursos se encuentren razonablemente protegidos mediante mecanismos preventivos, como la autorización para su funcionamiento por la Superintendencia de Banca y Seguros, así como mecanismos permanentes como las facultades inspectivas de la SBS (...), no nos encontraremos ante situaciones inconstitucionales ni de incumplimiento del mandato constitucional impuesto al Estado de fomentar y garantizar el ahorro”.

47. Aunque en la demanda no se ha expresado concretamente cuál es la disposición de la Ley N.º 28194 que afectaría el artículo 87º de la Constitución, es posible inferir que, en relación a este punto, el precepto impugnado es el inciso a) del artículo 9º y sus normas conexas. Dicha disposición establece que: “El impuesto a las transacciones financieras grava las operaciones en moneda nacional o extranjera, que se detallan a continuación: a) La acreditación o débito realizados en cualquier modalidad de cuentas abiertas en las empresas del Sistema Financiero, excepto la acreditación, débito o transferencia entre cuentas de un mismo titular mantenidas en una misma empresa del Sistema Financiero o entre sus cuentas mantenidas en diferentes empresas del Sistema Financiero”.

48. Sin embargo, en lo que a este extremo de la demanda atañe, resulta claro que la impugnación sobre el indicado inciso a) del artículo 9° de la Ley N.° 28194 no se refiere a lo que allí *in toto* se ha previsto, sino a que no se haya excluido de las operaciones gravadas a las cuentas de ahorro que se encuentren abiertas en las empresas del sistema financiero.
  
49. La protección y fomento del ahorro supone un amplio margen de maniobrabilidad de parte del Estado. Sin embargo, en este caso, los límites a las políticas públicas se expresan, de un lado, en no suprimir o vaciar de contenido a la institución del ahorro (deber de garantizar), y, de otro, en cuidar en grado extremo que tales políticas públicas no supongan un entorpecimiento u obstaculización irrazonable o desproporcionada de su práctica (deber de fomento).
  
50. El Tribunal Constitucional ha sostenido que el artículo 87° de la Constitución reconoce al ahorro como un derecho subjetivo constitucional, en la medida que el Estado se encuentra, de un lado, prohibido de apropiarse arbitrariamente de él, y de otro, obligado a fomentarlo y garantizarlo; y también como una garantía institucional que auspicia la protección del ahorrista en el sistema financiero. (STC N.° 0410-2002-AA/TC, FJ. 2)
  
51. Como el ahorro está constituido por un conjunto de imposiciones de dinero que realizan la personas naturales y jurídicas en las empresas del sistema financiero, el factor de real relevancia para determinar el cumplimiento del Estado de su obligación de garantizar y fomentar el ahorro, sería el análisis de la ley que, por mandato directo del propio artículo 87° de la Carta Fundamental, tiene reservada la regulación de las obligaciones y los límites de las empresas que reciben los ahorros del público, así como de la labor que cumple la Superintendencia de Banca y Seguros en el control de las empresas bancarias, conforme a las prescripciones previstas en dicha ley. Así, el cumplimiento de la labor estatal de fomento y garantía del ahorro no puede apreciarse a partir de una medida aislada como la imposición de un tributo sobre la transferencia de los montos contenidos en una cuenta de ahorro, sino a la luz del conjunto de medidas y regulaciones asumidas por el aparato estatal y orientadas a garantizar la cabal eficacia del artículo 87° de la Constitución.
  
52. Consecuentemente, este Colegiado comparte la apreciación del representante del Congreso de la República, en el sentido de que es preciso atender a la suma de garantías contenidas en diversas disposiciones de la Ley N.° 26702 —Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros— para determinar si, cuando menos en un sentido objetivo y abstracto (tal como



corresponde en un proceso de inconstitucionalidad), el Estado cumple con el artículo 87° de la Constitución.

53. Por consiguiente, el establecimiento de límites y prohibiciones, la obligación de mantener una reserva en el capital social de las empresas financieras, la constitución de provisiones genéricas y específicas de cartera, individuales o preventivas globales por grupos o categorías de crédito, para la eventualidad de créditos impagos; la constitución de otras provisiones y cargos a resultados, tratándose de las posiciones afectas a los diversos riesgos de mercado, entre otras medidas previstas en el artículo 132° de la referida ley, así como la necesidad de auditorías externas; la supervisión para que las empresas bancarias cumplan con los límites individuales y globales, además de otras medidas dispuestas por el artículo 134° de la Ley N.° 26702; y, en fin, la necesidad de que se tenga una debida información sobre el estado de las empresas financieras, un fondo de seguro de depósitos y una central de riesgos, permiten concluir que, en un análisis global, el establecimiento de un tributo como el ITF, de naturaleza no confiscatoria (según se ha visto) y temporal (artículo 23°.3 de la Ley N.° 28194), no vulnera el artículo 87° de la Constitución, puesto que la institución del ahorro se mantiene garantizada por otras diversas medidas.

Por estos fundamentos y los de los magistrados Alva Orlandini y Revoredo Marsano, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú,

### HA RESUELTO

1. Declarar, por unanimidad, **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.° 28194, y, en consecuencia, inconstitucional el último párrafo del artículo 17° de la Ley N.° 28194, cuyo tenor es el siguiente: *“La información señalada en el párrafo anterior también será proporcionada respecto de las operaciones exoneradas comprendidas en los literales b), c), d), e), h), i), j), k), l), ll), m), o), s), t), u), v), w) y x) del Apéndice, señalando adicionalmente en este caso el monto acumulado de las operaciones del inciso a) del artículo 9 exoneradas del impuesto. Asimismo, las empresas del Sistema Financiero deberán informar a la SUNAT sobre la Declaración Jurada a que se refiere el artículo 11, en la forma, plazo y condiciones que establezca el Reglamento”*. Por consiguiente, a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial “el Peruano”, dicho párrafo deja de tener efecto en nuestro ordenamiento jurídico.
2. Declarar, por unanimidad, que integra la parte resolutive de la presente sentencia el Fundamento Jurídico 23, *supra*, conforme al cual los jueces ordinarios mantienen expedita la facultad de inaplicar el ITF en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, si fuera acreditado el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados;
3. Declarar, por mayoría, **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.° 28194 en lo demás que contiene; y
4. Declarar, por mayoría, **IMPROCEDENTES**, las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra el Decreto Legislativo N.° 939, y

su modificatoria, el Decreto Legislativo N.° 947. Sin perjuicio, de dejar expedita la facultad de los jueces ordinarios de inaplicar el ITF, en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, si fuera acreditado el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI**

**BARDELLI LARTIRIGOYEN**

**REVOREDO MARSANO**

**GONZALES OJEDA**

**GARCÍA TOMA**

EXPS. N.° 0004-2004-AI/TC

N.° 0011-2004-AI/TC, N.° 0012-2004-AI/TC

N.° 0013-2004-AI/TC, N.° 0014-2004-AI/TC

N.° 0015-2004-AI/TC, N.° 0016-2004-AI/TC

Y N.° 0027-2004-AI/TC (ACUMULADOS)

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS

DEL CUSCO Y OTROS

## **FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVA ORLANDINI**

El principio de legalidad de la tributación es en el Perú más teórico que real. En efecto, la revisión de la legislación dictada en nuestra Nación acredita que los diversos impuestos fueron creados por disposiciones emanadas de los gobiernos de facto, denominadas decretos-leyes, muchos de los cuales mantienen vigencia, mas no por leyes aprobadas en el Congreso o por decretos legislativos, en caso de delegación (prevista en las Constituciones de 1979 y 1993).

Como lo tiene ya determinado este Tribunal (sentencia de 3 de enero de 2003, Exp. N.° 010-2000-AI), se ha seguido la teoría de la continuidad en cuanto a la legislación de facto; y, por ende, los decretos-leyes no perdieron vigencia, cuando se restablecía el orden constitucional, casi siempre precaria y temporalmente, en las distintas etapas de la República.

Obvio es, sin embargo, que a la luz del Estado Social y Democrático de Derecho que rige hoy en el Perú, es insoslayable examinar –como efectivamente lo hace la sentencia *ut supra*- si las normas legales impugnadas en estos procesos son o no compatibles con la Constitución Política de 1993.

## La Constitución Histórica

Los preceptos pertinentes de la Constitución Histórica sirven, sin duda, de guía.

1. Las Bases de la Constitución Peruana, de 17 de diciembre de 1822, enunciaron (9-7) que la Constitución debe proteger la igual repartición de contribuciones, en proporción a las facultades de cada uno, lo mismo que la de las cargas públicas; y (18) que la imposición de contribuciones y modo de repartirlas se determinará exclusivamente por el Congreso.
2. La Constitución de 1823 estableció como potestades exclusivas del Congreso (60-9) decretar las contribuciones, impuestos y derechos para el sostén y defensa de la República; y del Poder Ejecutivo (80-6), decretar la inversión de los caudales destinados por el Congreso a los diversos ramos de la administración pública. Asimismo, dispuso que (148) constituyen la Hacienda Pública todas las rentas y productos que conforme a la Constitución y a las leyes deban corresponder al Estado; que (149) el Presupuesto de los gastos públicos fijará las contribuciones ordinarias, mientras se establece la única contribución y se adopte por regla constante el acrecimiento de la Hacienda con el fomento de ramos productivos a fin de disminuir las imposiciones en cuanto sea posible; y que (151.2 y 151.3) el Ministerio de Hacienda presentará anualmente al Gobierno, para que lo haga al Congreso, el Presupuesto de los Gastos para el servicio de la República y el plan de contribuciones ordinarias para cubrirlos.
3. La Constitución de 1826 otorgó a la Cámara de Tribunos (43—2) la iniciativa en las contribuciones anuales y en los gastos públicos; y al Presidente de la República (83-19) el cuidado de la recaudación e inversión de las contribuciones con arreglo a las leyes. Además, garantizó enunciativamente (146) que las contribuciones se repartirán proporcionalmente, sin ninguna excepción ni privilegio.
4. La Constitución de 1828 atribuyó al Congreso (48-8) la tarea de fijar los gastos generales, establecer las contribuciones necesarias para cubrirlo, arreglar su recaudación, determinar su inversión, y tomar anualmente cuentas al Poder Ejecutivo; y a éste (90-18), el cuidado de la recaudación e inversión de las recaudaciones y demás fondos de la Hacienda Pública.
5. La Constitución de 1834 determinó que correspondía al Congreso (51-8) aprobar, o no, el Presupuesto de los gastos del año, establecer las contribuciones necesarias para cubrirlos, suprimir las establecidas, determinar la inversión de las rentas nacionales y tomar anualmente cuentas al Poder Ejecutivo; el cual, a su vez, debía (85-20) cuidar de la recaudación e inversión de las contribuciones y demás fondos de la Hacienda Pública con

arreglo a ley. Como Garantía Constitucional (168) declaró que la facultad de imponer contribuciones directas o indirectas corresponde exclusivamente al Congreso; y que sin una ley expresa, ninguna autoridad ni individuo de la República podía imponerlas, bajo pretexto alguno.

6. La Constitución de 1839 declaró que era atribución del Congreso (55-6) aprobar o desechar el Presupuesto de los gastos del año, establecer las contribuciones necesarias para cubrirlos, suprimir las establecidas, determinar la inversión de las rentas nacionales, tomar anualmente cuentas al Poder Ejecutivo (87-25) y velar por la recaudación e inversión de los fondos de la hacienda pública. Declaró, como garantía individual, que (162) las contribuciones se repartirán proporcionalmente entre los ciudadanos, sin excepción ni privilegio alguno.
7. La Constitución de 1856, precisó (8) que no puede imponerse contribuciones sino en virtud de una ley, en servicio público y en proporción a los medios del contribuyente, y limitó a un año las contribuciones directas.
8. La Constitución de 1860, asimismo, estableció como una garantía nacional (8 y 59.5) que no pueden imponerse contribuciones sino en virtud de una ley, en proporción a las facultades del contribuyente y para el servicio público.
9. La Constitución de 1867 prescribió también como una garantía nacional (7 y 59-5) que sólo el Congreso puede imponer contribuciones, y que, en el caso de las contribuciones personales, éstas no podrán ser impuestas sino por un determinado tiempo.
10. La Constitución de 1920 preceptuó (7 y 83-5) que no pueden crearse, modificarse ni suprimirse contribuciones sino en virtud de una ley y para el servicio público, y (8) que la contribución sobre la renta será progresiva.
11. La Constitución de 1933 garantizó (8 y 123-5) que sólo para el servicio público podrá la ley crear, alterar o suprimir impuestos, así como exonerar de su pago en todo o en parte; y que no hay privilegios personales en materia de impuestos.
12. La Constitución de 1979 declaró (77) que todos tienen del deber de pagar los tributos que les corresponden y de soportar equitativamente las cargas establecidas por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos. Estableció además (80), que son deberes

fundamentales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, y eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado. Igualmente (110), que el régimen económico de la República se fundamenta en los principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de la riqueza y como medio de realización de la persona humana; y que el Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso y que con igual finalidad fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores. En cuanto a la Hacienda Pública, la propia Carta dispuso (139) que sólo por ley expresa se crean, modifican o suprimen tributos y se conceden exoneraciones y otros beneficios tributarios; que la tributación se rige por los principios de legalidad, uniformidad, justicia, publicidad, obligatoriedad, certeza y economía en la recaudación; y que no hay impuesto confiscatorio ni privilegio personal en materia tributaria.

### **La Constitución de 1993**

13. Los deberes primordiales del Estado están declarados en el artículo 44°, y son: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación; y establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.

En la medida que el impuesto materia de la Ley N.º 28194 está destinado a cumplir tales deberes primordiales del Estado, este no es inconstitucional.

#### **La doctrina**

14. Rodolfo R. Spisso, adhiriendo a la opinión de Giuliani Fonrouge, sostiene que: "(...) Se puede definir al tributo diciendo que es una prestación obligatoria, comúnmente en dinero, exigida por el Estado en virtud de su poder de imperio, que da lugar a relaciones de derecho público. La relación que se establece entre el Estado, titular del poder tributario, y los contribuyentes o responsables que deben satisfacer la prestación jurídica de contenido

patrimonial impuesta por aquél, se denomina obligación tributaria y es de orden personal”. (Derecho Constitucional Tributario, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 39).

15. La legislación nacional y extranjera acredita la diversidad de impuestos. La clasificación más extendida es la que los divide en impuestos directos e impuestos indirectos, aunque hay autores que niegan rigor científico a tal clasificación. De igual modo, se considera que se ha diseñado impuestos que gravan unos el patrimonio y otros el consumo; y otros que tienen como destinatarios al gobierno central, a los gobiernos regionales y a los gobiernos municipales.

16. Todo impuesto afecta la propiedad y la circulación de la riqueza. El propio Spisso explica que: “(...) No se trata de una antinomia entre derecho de propiedad y tributo, ya que éste constituye el precio que hay que pagar para vivir en sociedad, lo cual exige sufragar los gastos del gobierno encargado de cumplir y hacer cumplir la Constitución. Sin menoscabo de ello –agrega- debe existir un límite a esa facultad de imposición, sin el cual el derecho de propiedad puede llegar a convertirse en sólo una bella palabra.” (Ob. cit., pág. 417). No valdría de nada que la Constitución garantizara la propiedad, su uso y disposición, si es que de manera indirecta, a través de la tributación, pudiera vaciarse el contenido efectivo de este derecho. Es en atención a tal eventualidad que la sentencia *ut supra* deja abierta la posibilidad de que se interponga acción de amparo cuando tal supuesto aconteciere.

SS.

**ALVA ORLANDINI**



EXPS. N.° 0004-2004-AI/TC

N.° 0011-2004-AI/TC, N.° 0012-2004-AI/TC

N.° 0013-2004-AI/TC, N.° 0014-2004-AI/TC

N.° 0015-2004-AI/TC, N.° 0016-2004-AI/TC

Y N.° 0027-2004-AI/TC (ACUMULADOS)

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS

DEL CUSCO Y OTROS

## **VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA REVOREDO MARSANO**

1. Mi discrepancia mayor con la opinión de mis colegas consiste en que considero que el objeto de la impugnada Ley N.° 28194 no debe ser alcanzado o logrado con los medios o en la forma que dispone la misma ley, es decir con el impuesto a las transacciones financieras (ITF).

Consta del título o nombre que da el Congreso a la ley impugnada: **“Ley para la lucha contra la evasión y para la formalización de la economía”**, así como del nombre del capítulo II: **“Medios de Pago para evitar la Evasión y para la Formalización de la Economía”** que el propósito del legislador ha sido precisamente ese: evitar la evasión tributaria y formalizar la economía.

Así lo ratificaron de manera extensa, además, los representantes del Congreso de la República en la Audiencia Pública: tal es la evasión tributaria en nuestro país, que la Ley N.° 28194 era indispensable para erradicarla y para detectar a quienes no pagan sus impuestos.

¿Y qué medidas adopta el Congreso para alcanzar ese objetivo? Nada menos que imponer nuevos tributos a los que sí pagan sus impuestos, utilizando inconstitucionalmente, en mi criterio, su facultad de imponerlos.

En efecto: los impuestos que se imponen a los ciudadanos **NO TIENEN POR FINALIDAD CONSTITUCIONAL DETECTAR A LOS EVASORES** sino recabar fondos para el Presupuesto General de la República.

La entidad encargada de administrar –y aplicar- los tributos tiene otras facultades y medios –herramientas– para averiguar y sancionar la evasión y el fraude tributario.

La finalidad constitucional de todo tributo es recaudar fondos para cumplir con el Presupuesto, y no detectar a evasores. No creo constitucionalmente razonable imponer tributos a los ciudadanos formales con el objetivo de detectar a los informales.

**2. Por otra parte, disiento también de la declaración de improcedencia que mis colegas hacen respecto a las seis demandas presentadas contra los Decretos Legislativos N.ºs 639 y 647, los mismos que fueron “derogados” por disposición de la Ley N.º 28194.**

En principio si dicha derogación se considera válida, el Tribunal Constitucional debe declarar la sustracción de la materia respecto a los procesos instaurados contra los decretos impugnados por el Colegio de Abogados del Cusco, Huaura, más de 5,000 ciudadanos, el Colegio de Contadores Públicos de Loreto, el Colegio de Abogados de Ica, el Colegio de Economistas de Piura, el Colegio de Abogados de Ayacucho, y los que se han adherido, el Colegio de Abogados de Huánuco y Pasco, el Colegio de Abogados de Puno, el Colegio de Abogados de Ucayali y el Colegio de Abogados de Junín.

En cambio, si la derogación de los decretos –en todo o en parte– se considera inválida o ineficaz, el Tribunal Constitucional deberá pronunciarse sobre los extremos no derogados de esos decretos.

Mis colegas, en el párrafo 4 del fallo, declaran improcedentes las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra el Decreto Legislativo N.º 939 y su modificatoria, el Decreto Legislativo N.º 947.

Esta declaración de improcedencia significa que consideran sustraída la materia controvertida en las correspondientes demandas, por efecto de la derogación que de los Decretos Legislativos hace la Ley N.º 28194. Es decir, consideran válida la derogación.

Mi discrepancia consiste en que no considero que exista una total sustracción de la “materia”, pues varios de los contenidos o materias de las disposiciones impugnadas en los decretos legislativos se han trasladado a la Ley N.º 28194, y porque aun cuando así no fuera, tales decretos surtieron **efectos mientras estuvieron vigentes**.

En efecto, varias “reglas de derecho” impugnadas en los seis procesos mencionados permanecen en la Ley N.º 28194. Que el “continente” de ese contenido jurídico impugnado tenga ahora la forma de ley –y no de decreto legislativo– y otra numeración, no cambia el hecho de la permanente y continua obligatoriedad del contenido.

En otras palabras, si las materias o reglas de Derecho expresadas en los Decretos Legislativos y derogadas por la Ley N.º 28194, continuaron siendo exigibles y obligatorias por mandato nuevo –pero no distinto de la Ley N.º 28194, no puede considerarse como “sustraída” la materia, pues lo único que ha hecho el Congreso es llamar ley a los ex decretos legislativos y cambiar los números, subsistiendo en ese caso la materia y su impugnabilidad.

En verdad, son varias las materias que se encuentran reguladas de manera idéntica en la Ley N.º 28194 y en los Decretos Legislativos N.ºs 939 y 947. Creo, por tanto, que el fallo del Tribunal debió declarar procedentes las demandas en esos extremos y avocarse al conocimiento del fondo tanto de los decretos como de la ley. De lo contrario se tendría que, para burlar las declaraciones de inconstitucionalidad de las normas que haga el Tribunal Constitucional le bastaría al Congreso duplicar las reglas inconstitucionales en una nueva ley, lo cual no puede admitirse.

En el párrafo 3 de la sentencia, mis colegas se eximen de pronunciarse sobre los “efectos” que cumplieron, en el pasado, los Decretos Legislativos N.º 939 y 947 sobre materia tributaria. Justifican su abstención en que “algunas de las transacciones”

exoneradas por la Ley N.º 28194 permiten la devolución a los trabajadores y pensionistas del monto del ITF cuyo débito sea indebido.

Sin embargo, los trabajadores y pensionistas no son los únicos contribuyentes de la ley 28194; y, además, los efectos de los Decretos Legislativos pueden ir más allá que la simple devolución del monto del ITF.

Opino que los Decretos Legislativos impugnados, siendo de carácter tributario, surtieron efectos durante el tiempo que estuvieron vigentes, de modo que el Tribunal Constitucional estaba en la obligación de pronunciarse sobre dichos efectos, tal como lo ordena su Ley Orgánica.

La circunstancia de que hayan surtido efectos “sólo 25 días” tampoco exoneraría a mis colegas de establecer en la sentencia el tratamiento jurídico respecto a sus efectos, pues aún siendo tal porción de tiempo, son muchísimas las transacciones bancarias realizadas por individuos y empresas en ese lapso.

Además, llama la atención el hecho de que, si mis colegas consideraban improcedentes las demandas contra los Decretos Legislativos N.ºs 939 y 947 por haber sido derogados por la Ley 28194, las “acumularan” (en mayo de 2004) con la demanda contra la Ley N.º 28194 (interpuesta en abril de 2004).

3. Por otro lado, considero que sí se vulnera el derecho a la igualdad al exigir como requisito para deducir gastos, costos o créditos con fines tributarios que el pago de ciertas sumas de dinero tenga que efectuarse forzosamente mediante la forma prevista en los artículos 3º al 6º de la Ley N.º 28194 (bancarización). El esfuerzo de la ley por exonerar de dicha formalidad a ciertos tipos de transacciones, no libera a la norma de su irregularidad constitucional: todos tenemos igual derecho para deducir lo regularmente deducible en el campo tributario. No puede imponerse a algunos ciudadanos ciertas obligaciones como pre-requisito para ejercer el derecho de deducción de gastos, y a otros no; menos aun cuando la forma exigida por la ley es onerosa, pues tiene el costo del tributo. En síntesis, para ejercer el derecho a deducir los gastos tributarios, algunos ciudadanos (los que usan el sistema financiero) deben pagar un tributo, y otros no.

4. Al finalizar el parágrafo 8 de la sentencia *ut supra*, mis colegas sostienen que el medio de pago a través del cual la obligación contenida en el contrato debe cumplirse, no forma parte del contenido mínimo o esencial de la libertad contractual. Discrepo de ello. No corresponde al Tribunal Constitucional o a ningún otro Tribunal señalar en abstracto cuál es el contenido esencial de la libertad contractual en todos y cada uno de los contratos. La calificación de cualquier circunstancia, incluida la forma de pago, como esencial o no en un contrato, depende de las circunstancias y de las voluntades de los contratantes, y no de terceros. Así, lo que es esencial para un individuo puede no serlo para otro. La forma y la moneda del pago pueden ser esenciales en épocas de inflación incontrolada en contratos de pago continuado. En consecuencia, si bien para muchos ciudadanos la “forma de pago” impuesta por la Ley N.º 28194 puede resultar irrelevante, el Tribunal Constitucional no puede afirmar que para otros ciudadanos no ésta constituya un elemento esencial. Recuerdo, en esta oportunidad, lo expresado por el abogado del demandante en la Audiencia Pública: La gran mayoría de las transacciones comerciales en la sierra y selva peruanas se llevan a cabo en ferias y en lugares donde no existen entidades bancarias, de tal modo que para ellas la exigencia de la ley de acudir a los bancos como requisito para las deducciones tributarias sí resulta una cuestión importante.

5. Coincido con el demandante, por otra parte, y disiento con mis colegas, en que no bastan las excepciones al pago del tributo que establece el artículo 6º de la Ley cuestionada, pues tales excepciones no alcanzan, por ejemplo, a las transacciones feriales antes citadas. Para estar exonerada del impuesto, la ley exige que la persona, cuando reciba el dinero, tenga, concurrentemente, domicilio fiscal o civil en el distrito donde se realiza la feria y que en ese mismo distrito esté situado el bien transferido o se preste el servicio o se entregue o devuelva el monto del dinero, pero es sabido que los campesinos comercian sus productos en lugares feriales alejados de sus domicilios, por lo que no les alcanza la exoneración del artículo 6º.

En la actualidad, además, ya se está aplicando el tributo y, sin embargo, el Ministro de Economía y Finanzas no ha refrendado Decreto Supremo alguno que establezca qué personas pueden actuar como fedatarios en los muchísimos lugares de la República donde no existe Notario ni Juez de Paz.

6. En el parágrafo 21 los Magistrados expresan que el margen que tiene el legislador para determinar la materia imponible es amplio “pudiendo ser este un bien, un producto, un servicio, una renta o un capital” y, por tanto, concluyen en que es constitucional un impuesto como el impugnado, que grava el capital o el patrimonio. Me preocupa que la materia imponible en el caso de la Ley N.º 28194 no sea un bien, ni un producto, ni un servicio, ni una renta, ni un capital : en verdad, lo que se grava es la **circulación del dinero**. Por ello, el hecho generador se repite de manera constante respecto al mismo dinero, en tanto que el obligado al tributo no es necesariamente el dueño del bien o del producto, ni

el que presta o recibe un servicio, **ni el que percibe una renta o tiene un capital**. En otras palabras, la vinculación de la materia imponible y el sujeto pasible del impuesto es muy débil y, por lo tanto, irrazonable para que pague un tributo el ciudadano que simplemente “hace circular dinero”, que en muchos casos es ajeno; además, este impuesto, al gravar “la circulación del dinero”, grava la circulación de la moneda.

Considero entonces que el valor cancelatorio que, según la Constitución, tiene la moneda peruana, se ve afectado por el ITF, el cual incide sobre las dos principales funciones de la moneda, que son circular y cancelar. La consecuencia es que habrá en el país dos tipos de moneda : una con valor inalterado, alejada del sistema financiero, y otra que sí circula en dicho sistema, pero con una especie de minusvalía, por estar sometida al pago del ITF.

7. En cuanto a la violación que causa la Ley impugnada al secreto bancario, la mayoría de los Magistrados del Tribunal Constitucional sostiene en los párrafos 34 y 39 de la sentencia que el secreto bancario forma parte del contenido del “derecho a la intimidad” y que las afectaciones al secreto bancario que están constitucionalmente proscritas, son “sólo aquellas que conlleven, en sí mismas, el propósito de quebrar la esfera íntima del individuo, mas no aquellas que (...) sirvan a fines constitucionalmente legítimos”.

En primer lugar, no creo que el secreto bancario forme parte del derecho a la “intimidad” de la persona, sino más bien del ámbito de su privacidad, que es algo distinto. En segundo lugar, no creo que el secreto bancario se entienda vulnerado sólo o únicamente cuando el agresor tenga el “propósito” de quebrar la esfera íntima del individuo: la intención del agresor es un elemento subjetivo, y no interesa para advertir la vulneración del secreto bancario de la víctima.

Sí creo que –en sí solo– es un fin constitucionalmente legítimo que la Administración Tributaria detecte a quienes evaden tributos o lavan dinero. Si éste es, como lo han declarado los representantes del Congreso y como lo señala la propia norma, y como consta fehacientemente en el expediente, el verdadero objetivo de la ley, ciertas medidas establecidas de modo uniforme y sin que impongan tributos para detectar el fraude tributario sí serían adecuadas y proporcionadas a dicho objetivo.

Congruentemente, así como considero inconstitucional el impuesto por no adecuarse al objetivo de la ley, considero constitucionales las disposiciones de la ley sobre el secreto bancario, pues se ajustan al objetivo de formalizar la economía y de evitar el fraude tributario. Claro que, dudo de la eficacia del levantamiento del secreto bancario sin la vigencia del ITF; sin embargo, su eventual ineficacia no lo hace inconstitucional. Dejo, por

otra parte, constancia de que, al ratificarse la constitucionalidad del ITF por el Tribunal Constitucional, considero inconstitucional el extremo del levantamiento del secreto bancario a las operaciones exoneradas del impuesto (último párrafo del artículo 17° de la Ley N.° 28194).

Mi voto es, en consecuencia, por declarar inconstitucionales los artículos de la Ley N.° 28194 impugnados y los efectos de las disposiciones análogas contenidas en los Decretos Legislativos N.°s 939 y 947 relativos al impuesto a las transacciones financieras y el último párrafo del artículo 17° de la Ley N.° 28194, y por declarar constitucionales las disposiciones relativas al secreto bancario sólo por el lapso que la ley establece dejando a salvo el derecho de los particulares que se sientan afectados en casos concretos por las normas impugnadas, para acudir al control difuso de los jueces.

**SRA.**

**REVOREDO MARSANO**